

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/113280>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

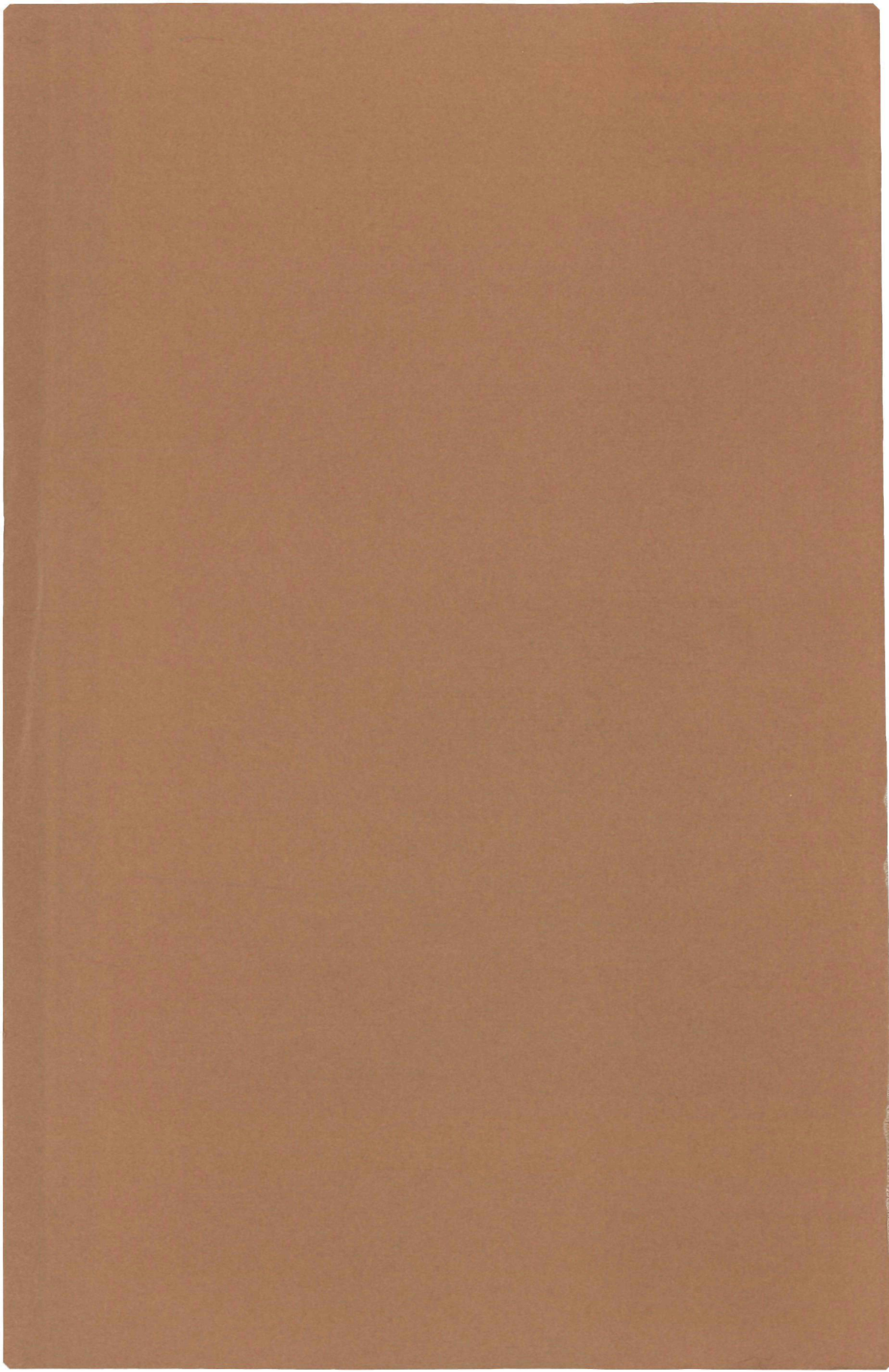
3209

Opzegging van duurovereenkomsten

door

J.F.M. Strijbos

KLUWER – DEVENTER



Opzegging van duurovereenkomsten

Van dit proefschrift verschijnt ook een handelseditie onder ISBN 90 3120332 7

Opzegging van duurovereenkomsten

Academisch proefschrift

ter verkrijging van de graad
van doctor in de Rechtsgeleerdheid
aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen
op gezag van de Rector Magnificus
Prof.Dr. J.H.G.I. Giesbers
volgens besluit van het College van Dcanen
in het openbaar te verdedigen
op donderdag 28 november 1985,
des namiddags te 2.00 uur precies

door

Johannes Franciscus Maria Strijbos

geboren te Apeldoorn

Promotor: Prof.mr. I.J.M. de Leede

Voorwoord

In deze studie is hoofdzakelijk geprobeerd een aantal aanzetten te geven tot een algemene theorie omtrent de opzegging van (duur-)overeenkomsten. Een dergelijke theorie ontbreekt tot nu toe. Wel komt voor een aantal gevallen een afzonderlijke regeling in de wet voor. Een groot aantal van die regelingen wordt in dit boek behandeld. Het zal echter duidelijk zijn dat die behandeling meestal summier moest blijven en alleen datgene werd opgenomen dat voor bovengenoemde doelstelling relevant geacht werd. In geen enkel geval is gestreefd naar een uitputtende beschrijving en/of becommentariering.

Velen ben ik dank verschuldigd. Zonder iemand onrecht te willen doen volsta ik met het noemen van Marlú Kusters-Valk en Riet van der Heijden, die veel typewerk hebben verricht, en mijn vrouw Marijke, die vaak met mij heeft 'afgezien'.

De tekst is afgesloten in mei 1985.

Rosmalen, zomer 1985

Inhoudsopgave

	Voorwoord	V
	Lijst van afkortingen	IX
1	Inleiding	
1.1	Doel en opzet van dit werk	1
1.2	Opzegging als fenomeen in de rechtsorde	3
1.3	Is opzegging (ook) onderworpen aan de regels van het ongeschreven recht?	9
1.4	Hoever strekt de verantwoordelijkheid van de tot opzegging bevoegde partij voor de belangen van zijn wederpartij?	12
2	De begrippen opzegging en duurovereenkomst	
2.1	Inleiding	15
2.2	Omschrijving van het opzeggingsbegrip in de literatuur en ten opzichte van enkele andere (vergelijkbare) rechtsfiguren	15
2.3	Het huidige beeld ten aanzien van de verhouding opzegging-overeenkomst	19
2.4	Een beeld gebaseerd op art. 1356 BW (de bijzondere verhouding opzegging-duurovereenkomst)	20
2.5	Conclusie	45
3	Enkele opmerkingen over de wettelijke terminologie ten aanzien van het begrip opzegging	
3.1	Inleiding	47
3.2	Bewaargeving, bruikleen en verbruikleen	48
3.3	Huur	50
3.4	Pacht	51
3.5	Verzekering	51
3.6	Aanneming van werk	55
3.7	Arbeidsverhouding BBA 1945	57
3.7.1	Arbeidsovereenkomst	57
3.7.2	Arbeidsverhouding art. 6 BBA	61
3.7.3	Overige regelingen betreffende arbeidsverhouding BBA	64
3.7.4	Conclusie	65
3.8	Lijfrente	65

Inhoudsopgave

3.9	Colportagetransactie	66
3.10	Lastgeving	66
3.11	Enkele niet-contractuele verhoudingen	66
3.12	Conclusie	67
4	Bestaan van een opzeggingsbevoegdheid	
4.1	Inleiding	69
4.2	Enkele 'soorten opzegging'	69
4.3	Bestaan van een opzeggingsbevoegdheid in het algemeen	73
4.4	Toekenning van een opzeggingsbevoegdheid door de wet	82
4.5	Ontzegging van een opzeggingsbevoegdheid door de wet	90
4.5.1	Opzegverboden	90
4.5.2	Voortzetting na moment waarop het einde was voorzien	96
4.6	Conclusie	105
5	Uitoefening van een opzeggingsbevoegdheid	
5.1	Inleiding	107
5.2	Opschorting van de beëindiging	108
5.3	De vorm van de opzeggingsmededeling	114
5.4	Het rechtsgevolg van de onrechtmatigheid van een opzegging	120
5.5	Conclusie	128
6	Samenvatting en conclusie	131
	Zusammenfassung	143
	Noten	147
	Verkort aangehaalde literatuur	171
	Personenregister	173
	Zakenregister	177
	Register van wetsartikelen	183
	Curriculum vitae	191

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
AG	Advocaat Generaal
art.	artikel
a.w.	aangehaald werk
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BW	Burgerlijk Wetboek
c.a.	cum annexis
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CC	Code Civil
CG	Centrale Grondkamer
c.q.	casu quo
Dir.	Directeur
diss.	dissertatie
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
e.v.	en volgende
F	Faillissement
Gk.	Grondkamer
GAB	Gewestelijk Arbeids Bureau
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
i.c.	in casu
jo.	juncto
K	Wetboek van Koophandel
KB	Koninklijk Besluit
Ktg.	Kantongerecht
m.i.	mijns inziens
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuwe Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
OBW	Ontwerp van een nieuw Burgerlijk Wetboek
P.	Pachtwet
PG	Procureur Generaal
PK.	Pachtkamer
p p.	Partijen
Pres.	President
PRG	Praktijkgids
Rb.	Arrondissementsrechtbank

Lijst van afkortingen

RBA	Rechterlijke Beslissingen inzake de Wet op de Arbeidsovereenkomst
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
SM	Sociaal Maandblad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
t.a.p.	te aangehaalde plaatse
Toel.	Toelichting
Trb.	Tractatenblad
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
vgl.	vergelijk
VR	Verkeersrecht
W.	Weekblad van het Regt
WEM	Wet Economische Mededinging
WMCO	Wet Melding Collectief Ontslag
wo	waaronder
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie
Zfw.	Ziekenfondswet

Inleiding

1.1 DOEL EN OPZET VAN DIT WERK

Voor wat betreft het contractenrecht pleegt men onder opzegging meestal te verstaan de eenzijdige beëindiging van een overeenkomst voor de toekomst. Andere rechtsfiguren worden soms ook met het woord opzegging aangeduid en omgekeerd worden voor de eerstgenoemde rechtshandeling totaal uiteenlopende termen gebruikt.

Aanleiding voor het onderhavige onderzoek is met name de verwondering die mij beving, toen ik intensief werd geconfronteerd met de vraag welk rechtsregiem de opzegging van een niet in het bijzonder in de wet geregelde overeenkomst beheerst[1]. Niet alleen ontbreekt een regeling voor de opzegging in het algemeen, maar zelfs een algemeen opzeggingsbegrip komt in de wet niet voor. Degene die steun zoekt bij de wél in de wet geregelde gevallen wordt niet alleen gehinderd door het inconsequente woordgebruik, maar ook door het gebrek aan innerlijke samenhang voor wat betreft de inhoud van de regelingen. Zelfs is het zo dat elke regeling afzonderlijk niet eens altijd op zichzelf een sluitend geheel vormt. Men zie het ontslagrecht als - gezien vanuit zijn doelstelling allengs: triest - voorbeeld.

Deze onduidelijkheid valt te betreuren omdat juist de (goed geregelde bevoegdheid tot) eenzijdige beëindiging van een overeenkomst een belangrijke rol kan spelen voor de justiciabele om zich in een aantal situaties met succes zelfstandig te kunnen handhaven (instrument voor 'eigenrichting') alsook voor de overheid als aanknopingspunt voor de effectuering van bepaald beleid. Niet in de laatste plaats daarom is het van belang dat er duidelijkheid bestaat aangaande het antwoord op vragen als: kan deze overeenkomst door opzegging eenzijdig worden beëindigd?; bestaan met betrekking tot die opzegging wellicht bijzondere voorwaarden?; moeten daarbij nog bepaalde regels in acht genomen worden? en zo ja, welke?; kan ik nog iets tegen een eenmaal gedane opzegging ondernemen?; kan ik de door mij gedane opzegging nog herroepen?

Doel van de onderhavige studie is meer duidelijkheid te brengen in het recht ten aanzien van de opzegging (eenzijdige beëindiging voor de toekomst) van duurcontracten waarbij het accent zal liggen op de mogelijkheid tot opzeggen in de meest brede zin. Hierbij heb ik mij niet laten afschrikken door de opmerking in Hofmann-Van Opstall[2] dat het terrein van de opzegging bezaaid ligt met voetangels en klemmen en zich niet leent voor een algemene bespreking.

In hoofdstuk 2 zal een poging worden ondernomen duidelijkheid te verkrijgen omtrent de rechtsfiguur opzegging zelf. Het gaat hier om een determinering van de rechtshandeling voor wat betreft de inhoud. Gezien de geringe samenhang tussen de bijzondere regelingen die in de wet voorkomen, lijkt het mij niet de aangewezen weg om primair in die regelingen

naar een algemeen opzeggingsbegrip op zoek te gaan. Beter scheen het mij toe daarvoor de aandacht te richten op de algemene bepalingen (en zelfs: beginselen) van het contractenrecht. Er blijkt een zeer bijzondere rechtshandeling te bestaan die nauw samenhangt met de begrippen overeenkomst voor bepaalde respectievelijk onbepaalde tijd. Dit laatste begrip is eveneens niet logisch en consequent in de wet opgenomen.

Wanneer het naar mijn mening enig juiste opzeggingsbegrip (t.w. de eenzijdige rechtshandeling, welke de overeenkomst voor het toekomstige beëindigt met instandhouding van het verleden) is gevonden en dogmatisch gekarakteriseerd, zal in hoofdstuk 3 het woordgebruik van een aantal wettelijke regelingen worden onderzocht.

Als meer duidelijkheid is verkregen omtrent het wettelijk woordgebruik, dan is daarmee tevens een basis gelegd voor de selectie van wettelijke bepalingen die - al of niet met gebruikmaking van het woord opzegging - een regeling betreffende de eenzijdige beëindiging van een bepaalde overeenkomst voor de toekomst met instandhouding van het verleden geven[3]. Voor het vervolg zal de aandacht voor wat betreft de wetgeving ten aanzien van de bijzondere contracten nagenoeg geheel uitgaan naar de regeling van die contracten welke uiteindelijk in boek 7 van het NBW een plaats zullen krijgen, waarbij het accent zal vallen op de huidige regelingen en die welke in het ontwerp-Invoeringswet boek 7 (nr. 17 779) zijn opgenomen. Dat deze regelingen onderling zozeer verschillen is niet onbegrijpelijk als men zich realiseert op welke verschillende wijzen die regelingen tot stand gekomen zijn. Zo stamt de bepaling van art. 1684 BW (opheffing maatschap wegens gewichtige redenen) uit het Romeinse recht, terwijl die van art. 1788 BW (noodzaken in bruikleen gegeven zaak terug te geven wegens dringend en onverwacht nodig eigen gebruik) aan Hugo de Groot en de regel van art. 1763 BW (teruggave van in bewaring genomen goed bij wettige redenen) vermoedelijk aan het Pruisische landrecht is ontleend[4]. Uitgebreide beëindigingsregelingen zoals die van de arbeidsovereenkomst, van huur van woon- en van bedrijfsruimte, van pacht, etc. zijn van vrij recente datum geheel op zichzelf staand tot stand gebracht, waarbij de politieke aspecten waarschijnlijk in zo hevige mate de aandacht van de wetgever hebben opgeëist, dat deze aan een eventuele systematiek of zelfs maar enige samenhang met andere regelingen nauwelijks is kunnen toekomen.

In hoofdstuk 4 zal de vraag worden behandeld wanneer een bevoegdheid tot opzegging in beginsel bestaat. Dit hangt af van de partijafpraak en van wettelijke bepalingen, die voor bepaalde gevallen de afspraak opzij zetten. Uitgaande van een bestaande bevoegdheid tot opzeggen kan de wet, de overeenkomst en/of het ongeschreven recht meebrengen dat aan de opzeggingshandeling beperkingen worden gesteld. Men zou deze beperkingen als gedragsvoorschriften kunnen betitelen. Deze worden in hoofdstuk 5 aan de orde gesteld, daaronder begrepen de vraag wat het rechtsgevolg van overtreding van een van die voorschriften dient te zijn. De meest voorkomende gedragsvoorschriften zijn de bepaling van een dag waartegen de overeenkomst dient te worden opgezegd, een in acht te nemen opzegtermijn en bepaalde formaliteiten. Over de omvang van de verplichting, die men bij een opzegging jegens de wederpartij heeft, is in de wetgeving niet veel houvast te vinden. Ik zal wat dat betreft nagenoeg volstaan met een in dit hoofdstuk opgenomen beschouwing van meer algemene aard. Wat de andere elementen

betreft (dat wil zeggen verplichtingen, tot uiting komend in gedragsvoorschriften bij de opzegging zoals zojuist weergegeven) zal de wetgeving betreffende de contracten die uiteindelijk in Boek 7 NBW zullen worden opgenomen, zoals zojuist aangegeven, worden geanalyseerd. Hetzelfde zal in hoofdstuk 4 gebeuren. Op deze wijze kunnen wellicht aanknopingspunten gevonden worden voor een meer algemeen leerstuk betreffende de opzegging. Op enkele punten is de gelegenheid te baat genomen een kritische opmerking te maken.

De behandeling van de opzeggingsregelingen is geenszins opgenomen met de pretentie een volledig overzicht van de diverse beëindigingsregelingen te geven.

Hoofdstuk 6 bevat een samenvattende conclusie van het geheel.

In het onderhavige hoofdstuk zal ik in nr. 1.2 een aantal opmerkingen maken die hopelijk enig licht kunnen verschaffen over de maatschappelijke context waarin de opzegging en de wettelijke regeling ervan functioneert (of behoort te functioneren). Vervolgens meen ik niet zonder meer voorbij te kunnen gaan aan de oude discussie of de opzegging tot de uitvoering van de overeenkomst behoort en daarom is onderworpen aan de regels van het ongeschreven recht (nr. 1.3). In nr. 1.4 zal ik, zoals hierboven al aangekondigd, een beschouwing wijden aan de omvang van de verantwoordelijkheid van de opzeggende partij voor de belangen van zijn wederpartij.

1.2 OPZEGGING ALS FENOMEEN IN DE RECHTSORDE

Zoals bekend kan de organisatie van het economisch leven in beginsel plaatsvinden in twee, principieel aan elkaar tegengestelde vormen, te weten de vrije markteconomie en de centraal geleide planeconomie. De eerste vorm berust op de vrije keuze van elke individuele deelnemer, die op rationele wijze zijn eigen belang nastreeft. Ieder kan vrijelijk activiteiten ondernemen en met ieder ander in een ruilverhouding treden. Ongewenste of te dure activiteiten (goederen en/of diensten) vinden geen afname (meer) en zullen derhalve als vanzelf verdwijnen. Via de concurrentie, waarin aanbieders van dezelfde activiteiten terecht komen, vindt de aanbieder van de gunstigste prijs-kwaliteit combinatie de meeste afname en verkrijgt op die manier de grootste beloning. Vraag en aanbod worden als het ware vanzelf op elkaar afgestemd en in de collectief gewenste richting gestuurd; de beroemde 'invisible hand' van Adam Smith. Bij de geleide planeconomie berust de ordening op de bevelen aan de deelnemers vanuit een centrum, dat aldus een bepaald plan tot uitvoering beoogt te doen brengen. Het plan voorziet in afstemming en sturing van de activiteiten van de deelnemers in de gewenste richting. In het theoretische model van de markteconomie is democratie een vanzelfsprekendheid; in een planeconomie is een aparte institutie nodig om de deelname van de individuele burgers aan het centrale besluitvormingsproces te organiseren (bijvoorbeeld: politiek bestel).

In de praktijk komen slechts economieën voor die van gemengd karakter zijn en dus een combinatie van beide mechanismen bevatten ook al is in een aantal gevallen aan een van beide mechanismen een zeer ondergeschikte rol toebedacht. Voor wat betreft de situatie in ons land

Inleiding

spreekt men van een georiënteerde markteconomie. Als uitgangspunt geldt hierbij het vrije marktmechanisme (in de vorige eeuw onder invloed van het economisch liberalisme als ideaal gesteld en nagejaagd) doch voorzover dat door haar wenselijk wordt geacht treedt de overheid langs directe of indirecte weg (bijvoorbeeld door middel van wettelijke verboden respectievelijk door middel van een bepaalde monetaire politiek) corrigerend en zelfs sturend op. Tegenwoordig is het algemeen aanvaard dat de overheid een eigen verantwoordelijkheid draagt voor de welvaart en het welzijn van haar burgers (de sociale rechtstaat). Dit neemt echter niet weg dat iedereen - uitzonderingen als minderjarigen daargelaten - in eerste instantie zelf verantwoordelijk is voor de behartiging van zijn eigen belangen[5].

Het in een samenleving geldende recht speelt in beide mechanismen een belangrijke rol. Onder recht wordt hier verstaan het geheel van afdwingbare gedragsregels. In het vrije marktmechanisme vormt het recht een noodzakelijk instrument om het ruilverkeer mogelijk te maken. Belangrijke instituties zijn de eigendom, het vrije contact, het erfrecht, de schadevergoedingsplicht bij onrechtmatige daad en de persoonlijke aansprakelijkheid (Haftung). In een planeconomie speelt het afdwingbare, gedetailleerde, voorschrift een essentiële rol. Bij de (zoals gezegd in de praktijk uitsluitend voorkomende) gemengde economieën bestaan allerlei nuanceringen, bijvoorbeeld: het geleide contract, de aanspraak op subsidies, vergunningenstelsels (in samenhang met voorwaarden en verboden), kwaliteitsnormen, minimumeisen. Men is vrij al of niet te contracteren, een bepaalde activiteit te ondernemen of te laten uitvoeren; besluit men daartoe dan zal men er op moeten letten daarbij binnen de door de overheid gestelde grenzen te blijven. Overschrijdt men een bepaalde grens, dan kan men door een sanctie getroffen worden: geen aanspraak op subsidie, straf, bevoegdheid voor de wederpartij nakoming van verplichtingen te vragen alsof men wel binnen die grens zou zijn gebleven of zelfs verval van de eigen aanspraak op nakoming jegens een ander. Uitgaande van - en min of meer met instandhouding van - de autonomie van de burger kan de overheid ter vermindering van door haar ongewenst geachte situaties ingrijpen (corrigerend optreden) door de burger onder meer bevoegdheden of aanspraken te verschaffen om die ongewenste situatie op eigen kracht te vermijden of te compenseren, het daarbij aan die burger zelf overlatend of - en zo ja in hoeverre - hij van die bevoegdheden of aanspraken gebruik zal maken. Dit is met name van belang in die gevallen waarin het vrije marktmechanisme dreigt te worden gefrustreerd doordat er feitelijk niet wordt voldaan aan een of meer van de vooronderstellingen daarvan, zoals: partijen hebben een gelijke onderhandelingspositie, zijn beiden terzake deskundig en volledig geïnformeerd en hebben volledig marktoverzicht, etc. Men zou hier van 'correctierecht' kunnen spreken.

Ons bepalend tot het contractenrecht kunnen wij vanuit deze optiek constateren dat daarin regels voorkomen van verschillend karakter op grond van het feit dat zij een verschillende functie bezitten. In de eerste plaats zijn er natuurlijk de regels die de rechtssubjecten de mogelijkheids verschaffen hun belangen te behartigen door het aangaan van rechtens afdwingbare overeenkomsten, op de voorwaarden die hen zelf het beste toeschijnt (autonomierecht). In de tweede plaats bevat het contractenrecht bepalingen die er toe strekken een feitelijk bestaande ongelijk-

heid tussen partijen te compenseren. Deze bepalingen kunnen in hoofdzaak onderscheiden worden in bepalingen welke de positie van de zwakke partij zelf beogen te verbeteren, zodat die partij op gelijkwaardiger voet tegenover zijn wederpartij komt te staan, en anderzijds bepalingen die (een gedeelte van) de uitkomst van het onderhandelingsproces dwingend vastleggen. In het eerste geval kan de zwakkere partij zijn verbeterde positie gebruiken om een beter resultaat te behalen en in het tweede geval heeft de wetgever ook in een zodanige verbetering van positie geen vertrouwen of acht die om praktische redenen een minder gelukkige oplossing, zodat via de vastlegging (van een groot deel) van de inhoud van een bepaald contract de zwakke partij een aanspraak gegeven wordt op de naleving van die wettelijk gegeven inhoud. In de derde plaats komen er bepalingen voor in het contractenrecht die, afgezien van de belangen van beide partijen, met name ook met het oog op een algemeen belang gegeven worden. In dergelijke gevallen wordt het aangaan van een overeenkomst door twee of meer burgers door de overheid aangegrepen als aanknopingspunt voor de effectuering van een bepaald beleid. Vaak zijn dit soort bepalingen buiten het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel gehouden[6]. Schetsmatig zouden de verschillende soorten bepalingen in het contractenrecht als volgt kunnen worden aangeduid:

A bepalingen van autonomie recht;

B bepalingen van correctierecht;

onder te verdelen in: B-1 instrumenteel correctierecht,

B-2 inhoudelijk correctierecht;

C bepalingen van bijzonder beleidsrecht.

Hoewel de wetgever een bepaalde regeling dwingend kan voorschrijven, blijft in alle gevallen de autonomie van de burger in zoverre behouden dat hij zelf beslist of hij zich in de handhaving van een bepaalde regel voorziet of niet. Verdergaande dwingendheid valt buiten het bestek van het contractenrecht.

De essentie van het contractenrecht is gelegen in de gebondenheid van het daartoe aan de wederpartij gegeven woord. Die wederpartij moet daarop kunnen vertrouwen. Zonder dat vertrouwen zou het ruilverkeer beperkt blijven tot een gelijk oversteken van goederen en zouden investeringen een uiterst riskante zaak worden. De keerzijde van deze gebondenheid is een verstarrend effect op de markt bij overeenkomsten van langere duur. Men is niet meer in staat te reageren op gunstige of ongunstige bewegingen van de markt. Het in het contract opnemen van aanpassings- en indexeringsclausules kan maar gedeeltelijk soelaas bieden, al was het maar vanwege het feit dat men aan dezelfde partij gebonden blijft. Een opzeggingsbevoegdheid bevordert de mobiliteit van de markt, hetgeen vooral van belang is - en tevens een algemeen belang vormt - bij overeenkomsten van langere duur. Vanzelfsprekend kunnen hier ook economische of sociale nadelen aan verbonden zijn; zo zal een partij over het algemeen minder snel genegen zijn in een relatie te investeren als zij er niet van op aan kan dat die relatie gedurende een minimumtijdsduur stand zal houden.

Een opzeggingsbevoegdheid kan echter ook een machtspositie ten opzichte van de wederpartij bevorderen, hetgeen de gewenste gelijkheid van partijen in gevaar kan brengen. Door het aangaan, alsmede door het uitvoeren van een overeenkomst - vooral bij een overeenkomst van

Inleiding

wat langere duur - ontstaat in beginsel een situatie van wederzijdse afhankelijkheid. Men raakt op elkaar ingesteld en aanpassing aan een nieuwe situatie wordt moeilijker. Dit laatste wordt nog verder in de hand gewerkt als min of meer de verwachting wordt gewekt dat een zodanige aanpassing ook niet meer nodig zal zijn. Door het (gedurende lange tijd) niet gebruikmaken van een bestaande opzeggingsbevoegdheid wordt het ontstaan van die verwachting in de hand gewerkt.

Wanneer een beëindiging van de relatie door een partij gewenst wordt, dan zal die vaak voor de wederpartij ongelegen komen. Zal die wederpartij zich moeten omschakelen naar een nieuwe situatie dan zal hem dit tijd en geld kosten. Het ligt dan voor de hand te veronderstellen dat die kosten groter zullen zijn naarmate de afhankelijkheid intensiever geworden is, hetgeen weer een functie van de tijdsduur kan zijn gedurende welke de overeenkomst en vooral de feitelijke relatie heeft bestaan. Afhankelijkheid kan niet alleen ontstaan tijdens en door het bestaan van de relatie, maar ook door externe factoren worden bepaald, waarbij met name gedacht kan worden aan de feitelijk bestaande alternatieven voor de relatie. Zijn die niet of slechts in zeer beperkte mate voorhanden, dan is men des te meer aangewezen op het (voort)bestaan van de overeenkomst.

Deze afhankelijkheidsfactoren, te beschouwen als relatieve (door de relatie zelf in het leven geroepen) en meer absolute afhankelijkheid (door omstandigheden buiten de relatie gelegen), zullen elkaar meestal versterken. Vooral als een van de partijen tijdens de onderhandelingen, die tot het contract hebben geleid, al in een zwakkere positie verkeerde (bijv. door het feitelijk ontbreken van alternatieven of door gebrek aan deskundigheid of onderhandelingsvaardigheid). Deze afhankelijkheid kan een reden vormen om bepaalde zwakkeren te beschermen en van hoger hand een voor de zwakkere niet al te ongunstige beëindigingsregeling als minimum voor te schrijven. Deze bescherming heeft op zichzelf betekenis omdat niet gewaarborgd of aannemelijk is dat die zwakke partij een voor haar niet al te ongunstige beëindigingsregeling zelfstandig kan bedingen.

Naast de bescherming tegen een zekere ongunstige beëindigingsregeling kan het voorkomen dat van overheidswege (of vanwege een bepaalde collectiviteit) andere minimumaanspraken aan een zwakke partij worden verschaft (bijv. een maximum huurprijs, of een minimum loon, maximum werktijd). Privaatrechtelijke aanspraken moeten uit de aard der zaak door de gerechtigde zelf worden geeffectueerd. Wanneer die effectuering voor de wederpartij onaangenaam is, moet de zwakke partij een zodanige rechtspositie tegenover die wederpartij hebben, dat die effectuering niet tot gevolg kan hebben dat die wederpartij voor het vervolg aan de relatie een eind maakt. Met andere woorden: een dwingende beëindigingsregeling moet de zwakke partij beschermen tegen een ongewenst gevolg van het zich beroepen op de hem toegekende privaatrechtelijke aanspraken. Een dwingende, beschermende beëindigingsregeling dient daarom (ook) het sluitstuk te vormen van elke beschermende regeling in het contractenrecht, welke betrekking heeft op een relatie die gedurende een zekere tijd bestaat of dient te bestaan. Daarbij komt dat door een 'goede beëindigingsregeling' (bijv. het betalen van beëindigingsvergoeding) de zwakke partij wat minder afhankelijk van de willekeur van de wederpartij wordt en zich daarom wat zelfstandiger kan opstel-

len bij de uitvoering en eventuele (periodieke) aanpassing van het contract.

Er is nog een aspect aan de opzegging, dat zeer bijzonder genoemd kan worden. Bij 'gewone' overeenkomsten (overeenkomsten die niet kunnen worden opgezegd) is het zo dat partijen aan de overeenkomst zijn gebonden, ook al valt de uitvoering hen tegen. Slechts in zeer bijzondere omstandigheden kan de spanning van de contractsband worden vermindert. Als eerste springt natuurlijk in het oog de omstandigheid dat (tenminste) één van de partijen wanprestatie pleegt. Door die wanprestatie wordt de overeenkomst in zijn geheel (soms alleen voor de toekomst) ontbonden. Van wanprestatie is sprake wanneer niet, niet-tijdig of niet behoorlijk wordt gepresteerd. Algemeen aanvaard is dat de wanprestatie een zekere zwaarte dient te hebben. Geringe wanprestatie heeft geen ontbinding tot gevolg. Art. 6.5.4.6 lid 1 NBW sluit van ontbinding uit het geval dat de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding niet haar gevolgen rechtvaardigt. Het gaat hier uiteindelijk om een afweging van het belang van de wederpartij bij ontbinding[7] en van de tekortkomende partij bij handhaving van de overeenkomst tegenover alle gevolgen van de ontbinding. Hierbij moet dan bedacht worden dat het slechts gaat om de belangen van een gemiddelde, normale partij en niet van de partijen zoals ze in het concrete geval bestaan. De tekortkoming moet immers rechtvaardigen, en niet het belang dat door de tekortkoming is geschonden. Het gaat dus om de vraag of de tekortkoming in een dergelijk geval in het algemeen ontbinding rechtvaardigt.

Op de tweede plaats kan gedacht worden aan het geval dat een verandering van omstandigheden heeft plaatsgevonden. Op zichzelf heeft een zodanige verandering geen gevolg voor het voortbestaan van de overeenkomst. Zoals al opgemerkt is het juist de functie van de gebondenheid aan het gegeven woord dat de wederpartij kan rekenen op de toegezegde prestaties, ook al wordt dit minder gunstig voor de prestatieplichtige dan die had voorzien (bijv. inflatie, gunstige aanbiedingen van derden, schaarste aan bepaalde grondstoffen). Het kan echter zijn dat de omstandigheden dusdanig veranderen dat het verrichten van de toegezegde prestatie ofwel onmogelijk of zeer onredelijk wordt. In het eerste geval kan in een aantal gevallen beroep op overmacht worden gedaan. Bijkomende verplichtingen blijven zonodig bestaan. In het algemeen zal de verhindering door overmacht meebrengen dat ook de tegenprestatie niet zal behoeven te worden verricht[8]. Op deze regels zijn een aantal uitzonderingen. Van overmacht kan slechts sprake zijn als de prestatie nagenoeg absoluut onmogelijk is.

Het kan zijn dat de prestatie slechts met zeer grote offers van de wederpartij kan worden verricht. In dergelijke gevallen biedt de beperkende werking van de goede trouw uitkomst. Zowel in geval van wanprestatie als bij het beroep op overmacht of op andersoortige verandering van omstandigheden is een bevrijding van de prestatieplicht slechts in beperkte mate mogelijk. De wanprestatie moet voldoende ernstig zijn, de overmacht feitelijk bestaan, de verandering van omstandigheden zo ernstig zijn dat uitvoering van het overeengekomene onredelijk zou zijn. Voorzover toetsing aan de billijkheid dient te geschieden gaat het om een geobjectiveerde billijkheid.

Bij een bevoegdheid tot opzeggen daarentegen is de ernst van de situ-

atie in beginsel niet van belang. Ook bij een gering niet goed presteren, of bij een alleen maar niet prettige uitvoering van de overeenkomst, kan voor de toekomst een eind aan de relatie worden gemaakt. Gezien het feit dat door het bestaan en het uitvoeren van de relatie een relatieve afhankelijkheid wordt veroorzaakt, heeft een opzeggingsbevoegdheid het gevolg dat een relatieve machtspositie optreedt. Zoals hierboven behandeld is, is bij ongelijkheid van positie van partijen, die door de relatie wordt bevorderd of versterkt, bescherming tegen opzegging door de machtige partij, geboden. Het kan echter ook zo zijn, dat de bescherming tegen een machtige partij juist gerealiseerd kan worden door het toekennen van een opzegbevoegdheid. Wanneer het bestaan en/of uitvoeren van de relatie juist de in de aanvang machtige partij in een relatieve afhankelijkheidspositie brengt, kan de zwakkere partij het dreigen met een opzegging gebruiken als drukmiddel om de wederpartij tot het nalaten van irritant op geringe wijze niet behoorlijk presteren (bijv. het op luidruchtige en brutale wijze afleveren van de wekelijkse bestelling van een supermarkt door het personeel van de grossier). Door het bestaan van een opzeggingsbevoegdheid (zo nodig door middel van dwingende toekenning door de wetgever) wordt de positie van de betrokken partij versterkt, hetgeen bij een ongelijke uitgangspositie tot een zeker evenwicht kan leiden. Het voordeel van deze bescherming is dat de zwakke partij primair zelf kan beslissen hoe ver hij wil gaan.

Dit autonomie-aspect speelt ook een rol bij een volgend facet van de opzegging. Bij een onbevredigende gang van zaken kan door het uitoefenen van een opzeggingsbevoegdheid niet alleen voor wat betreft de toekomst de onzekerheid over het bestaan van wanprestatie of van onredelijkheid van verandering van omstandigheden als geheel of gedeeltelijk bevrijdende factoren worden vermeden, maar tevens een soort van 'eigenrichting' worden uitgevoerd[9]. Wanneer de eigen prestatie steeds moeilijker op te brengen wordt of het er naar uitziet dat de wederpartij niet naar verwachting zal gaan of blijven presteren, dan kan buiten elke gerechtelijke procedure om door opzegging aan de toekomstige dreiging een eind worden gemaakt. Van eigenrichting kan in zekere zin ook gesproken worden vanwege het feit dat door een opzegging op de wederpartij (voor wat betreft het toekomstige deel van de overeenkomst) het risico van een eventueel te voeren proces wordt gelegd. Wil deze het toekomstige deel van de overeenkomst toch gehandhaafd zien of zijn door de beëindiging tweeweggebrachte schade vergoed krijgen dan zal hij de opzegging in rechte moeten aantasten en de onrechtmatigheid van de opzegging aannemelijk maken. In beginsel draagt hij het risico of hij daarin zal slagen.

De contractuele regeling van het einde van een duurovereenkomst behoort in beginsel tot de autonomie van partijen. Dit vloeit voort uit de algemene beginselen van ons contractenrecht, ongeacht de visie die men op de verhouding opzegging-overeenkomst heeft. (Vgl. hoofdstuk 2). De bindende kracht van die regeling berust, voorzover het de wet betreft, op de algemene bepalingen (van het type A). Wettelijke bepalingen die de opzegbevoegdheid of de uitoefening daarvan beperken, bevorderen daardoor op twee manieren de rechtvaardigheid: als geobjectiveerde billijkheid (type B-2) en als barrière om het effectueren van aanspraken veilig te stellen (type B-1). Het toekennen van een opzeggingsbevoegd-

heid kan in beginsel eveneens gerangschikt worden onder een rechtspositieverbeterende maatregel (type B-1), waardoor in voorkomend geval tevens de mobiliteit van de markt bevorderd wordt. Daarnaast is de overeenkomst in onze maatschappij een zo belangrijke spilfunctie in gaan nemen dat die een bruikbaar aangrijpingspunt voor de uitvoering van velerlei onderdelen van overheidsbeleid is geworden. Voor wat betreft de opzegging kan dan gedacht worden aan een verbod tot opzegging teneinde een bepaalde structuur in stand te houden of een gebod tot opzegging om ongewenste situaties soepel te beëindigen. Deze beleidsbepalingen (type C) zijn zeer verscheiden en incidenteel, en bovendien te typisch met betrekking tot het verschijnsel opzegging, zodat daarover weinig algemeen te zeggen en af te leiden valt.

1.3 IS OPZEGGING (OOK) ONDERWORPEN AAN DE REGELS VAN HET ONGESCHREVEN RECHT?

Van Brakel heeft de vraag opgeworpen of het opzeggen van een overeenkomst tot de uitvoering daarvan gerekend moet worden. Hij zelf beantwoordt die vraag ontkennend met als argument dat de opzegging de overeenkomst niet aan haar doel doet beantwoorden maar haar beëindigt[10]. Rutten meent dat opzegging een uitoefening van een contractueel recht is en daarom tot de uitvoering behoort[11]. Mijns inziens behoort de opzegging niet tot de uitvoering van de overeenkomst omdat zij - de opzegging - gebaseerd is op de constitutieve vereisten van art. 1356 BW (zie hierover verder hoofdstuk 2).

Deze kwestie was vroeger van belang voor het antwoord op de vraag of de opzegging aan de eisen van de goede trouw moest voldoen. Van Brakel meende dat het antwoord in het algemeen niet bevestigend kon luiden, maar dat nam volgens hem niet weg dat op grond van art. 1375 BW een opzegging uitsluitend mag geschieden op een tijdstip waarop volgens billijkheid of gebruik opgezegd kan worden. Dit geldt alleen niet in het geval dat bij overeenkomst uitdrukkelijk een opzeggingsbevoegdheid te allen tijde is afgesproken. Ook Hijmans van den Bergh schijnt op dit standpunt te staan[12]. Houwing meent dat art. 1374 lid 3 BW niet op de opzegging van toepassing is: beslissend is uitsluitend wat partijen hieromtrent zijn overeengekomen. De goede trouw geldt hier alleen indien partijen dit al of niet stilzwijgend bedoeld hebben[13]. Suijling gaat min of meer van het omgekeerde uit: in zover 'het contract of de wet niet nauwkeurig de voorwaarden voor de uitoefening van het opzeggingsrecht bepalen, moet de gerechtigde zich steeds te goeder trouw van deze bevoegdheid bedienen (art. 1374 lid 3)'[14]. In 1952 meent Winkel dat art. 1374 BW voldoende waarborgen biedt tegen willekeur ten aanzien van de wijze van opzegging[15].

Vlak na de Tweede Wereldoorlog komt een enigzins andere benadering naar voren; de opzegging als uit de overeenkomst voortspruitend wilsrecht vormt een subjectief recht dat niet mag worden misbruikt[16].

In 1957 oordeelde de HR misbruik van recht aanwezig in het geval dat de opzegging geschiedde zonder enig in redelijkheid te respecteren belang met geen andere opzet dan iemand te benadelen[17]. In de Inleidende titel van het NBW handelde art. 8 over misbruik van recht. Volgens lid 3 van dit artikel kon een bevoegdheid, waarvan het gebruik geheel

Inleiding

is overgelaten aan het oordeel van hem aan wie zij toekomt, niet worden misbruikt. De Toelichting (blz. 32) noemt als voorbeeld van een dergelijke bevoegdheid die om rechtsverhoudingen door een opzegging - al of niet met inachtneming van een opzeggingstermijn - te doen eindigen. Of een bevoegdheid onder de werkingssfeer van lid 3 valt, hangt af van de wet, en bij het zwijgen van de wet, van de heersende rechtsovertuiging. De Toelichting gaat dan verder:

'Met de toeneming van het besef, dat bij het uitoefenen van bevoegdheden voor iedereen de plicht bestaat om de belangen van zijn medemensen en van de maatschappij niet geheel te verwaarlozen, worden deze geheel naar willekeur uit te oefenen bevoegdheden zeldzamer. Vooral geldt dit ten aanzien van de opzegging van wederkerige overeenkomsten. Was het nog in het begin van deze eeuw een axioma, dat men deze overeenkomsten, wanneer zij voor onbepaalde tijd waren aangegaan steeds konden opzeggen met inachtneming van de door de wet vastgestelde opzeggingstermijn, tegenwoordig erkent men ook hier de mogelijkheid van een misbruik van bevoegdheid, ja wordt zelfs deze opzeggingsbevoegdheid veelal wettelijk aan banden gelegd.'

Van Dunné schrijft in zijn dissertatie (blz. 63) dat deze passage weinig heel laat 'van het eraan voorafgaande betoog, hetgeen door schr. (Meijers, J.S.) echter niet ingezien wordt.' Ik meen dat Van Dunné hier uit het oog verliest dat het OBW, evenals de geldende wetgeving, een algemeen opzeggingsbegrip niet kent. Dit betekent dat de opzegging steeds gezien moet worden als een rechtsfeit behorende bij een bepaalde overeenkomst of als de verzameling rechtsfeiten behorende tot diverse verschillende overeenkomsten. Of een opzegging naar willekeur kon geschieden, kon daarom slechts beantwoord worden door eerst aan te geven welke opzegging (dat wil zeggen: welke overeenkomst) bedoeld werd. Art. 8 dient dan zo te worden verstaan dat opzegging van een overeenkomst ter vrije beoordeling van de bevoegde staat, tenzij uit de wet, of eventueel uit de heersende rechtsovertuiging, ten aanzien van de betrokken overeenkomst, anders voortvloeit. Ik zie daarom geen tegenstrijdigheid zoals Van Dunné meent te zien, hetgeen niet wil zeggen dat ik de praktische waarde van deze bepaling, die thans in een omzichtige formulering als art. 3.1.1.14 lid 3 in het NBW is opgenomen, erg hoog inschat.

Voor de rechtspraak is het praktisch altijd een vaststaand gegeven geweest dat opzegging niet naar willekeur mocht plaatsvinden, waarbij nu eens de openbare orde, dan weer misbruik van recht en vooral de goede trouw als toetssteen werd gebruikt[18]. Na het bovengenoemde arrest van 1957 verschijnt in 1966 het belangrijke arrest in de zaak Sanders-Sanders (HR 15 april 1966, NJ 1966, 302, m.n. G.J.S.). De casuspositie wordt door de Hoge Raad als volgt samengevat:

'O. dat de in dit geding aan de orde zijnde overeenkomst tussen pp., zoals deze door het Hof is vastgesteld, naast enige niet van belang zijnde nevenbedingen inhield, dat Sanders Jr. in verband met zijn huwelijk de op het erf van zijn vader Sanders Sr., staande schuur op eigen kosten mocht verbouwen en uitbreiden, teneinde voor zich en zijn gezin woonruimte te verkrijgen, alsmede op zijn kosten een schuur en een stal op het erf van Sanders Sr. mocht bouwen;

O. dat het Hof verder heeft vastgesteld dat Sanders Jr. voor de vorenbedoelde door hem uitgevoerde verbouwing en uitbreiding een belang-

Inleiding

rijk bedrag heeft uitgegeven en daaraan veel eigen arbeid heeft besteed;'

In cassatie was aangevoerd dat deze overeenkomst niet voor bepaalde tijd of voor een begrensd doel was aangegaan (dus was de overeenkomst te beschouwen als voor onbepaalde tijd, hetgeen uit de stelling in cassatie strikt genomen niet volgt, zie nr. 2.4) zodat deze te allen tijde kon worden opgezegd door de uitlener van deze gepretendeerde bruikleen, althans wanneer de uitlener daarbij een redelijk eigen belang heeft en niet handelt met het uitsluitend oogmerk om de gebruiker schade toe te brengen en wanneer hij bij de opzegging een passende termijn in acht neemt. Eiser hield blijkbaar rekening zowel met de opvatting betreffende misbruik van recht alsook met die betreffende de aanvullende werking van de billijkheid (Van Brakel) en de goede trouw (Suijling). De Hoge Raad ging dit allemaal echter nog niet ver genoeg en overwoog:

'dat deze stelling in haar algemeenheid echter niet juist is, immers de goede trouw of de naar de aard van de overeenkomst gevorderde billijkheid in verband met de verdere omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een zodanig ruime opzeggingsbevoegdheid niet kan worden aanvaard;'

Met andere woorden: zowel op grond van art. 1374 lid 3, als van art. 1375 BW kan de opzeggingsbevoegdheid worden beperkt, en wel in die zin dat die beperking meer kan inhouden als het voorschrift tot inachtneming van een passende opzegtermijn. In dit geval had het Hof terecht aangenomen dat naar de aard van de overeenkomst door de billijkheid wordt gevorderd dat opzegging door vader Sanders slechts op grond van een 'stringente reden' mogelijk zou zijn. In dezelfde zin: HR 13 februari 1976, NJ 1976, 343.

Voor de toepasselijkheid van de eisen van de goede trouw is het tegenwoordig niet van belang of de opzegging tot de uitvoering van de overeenkomst zou behoren of niet. De eisen van de goede trouw komen neer op de norm dat degenen die door een bepaalde, tussen hen bestaande relatie in een toestand van min of meer nauwe, wederzijdse betrokkenheid (zijn komen te) verkeren, zich elkaars belangen op bijzondere wijze, dat wil zeggen verdergaande wijze dan de algemene maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, hebben aan te trekken. Dit geldt niet alleen terzake van een relatie die door een obligatoire overeenkomst in het leven is geroepen, maar bijvoorbeeld ook ten aanzien van de tijdens onderhandelingen in de précontractuele fase bestaande relatie[19] of de relatie die bestaat tussen 'mede-eigenaren'[20]. Er is geen enkel argument te bedenken waarom de tijdens de loop van een duurovereenkomst bestaande relatie niet mee zou brengen dat partijen ten opzichte van elkaar ten aanzien van het opzeggen van die overeenkomst de eisen van de goede trouw in acht hebben te nemen. Dit geheel ongeacht de opvatting welke men ten aanzien van de verhouding opzegging - overeenkomst huldigt.

1.4 HOEVER STREKT DE VERANTWOORDELIJKHEID VAN DE TOT OPZEGGING BEVOEGDE PARTIJ VOOR DE BELANGEN VAN ZIJN WEDERPARTIJ?

Wanneer is vastgesteld dat er in het algemeen een verantwoordelijkheid bestaat voor de opzeggende partij ten opzichte van de belangen van zijn wederpartij (zie nr. 1.3), dan is het van belang, alvorens we ons in de meer concrete vragen betreffende het opzeggingsrecht begeven, nog stil te staan bij de vraag hoever die verantwoordelijkheid in abstracto dient te gaan.

In ons rechtsbestel is het niet alleen zo dat ieder individu primair zelf dient op te komen voor zijn eigen belangen (vgl. nr. 1.2) maar ook dat ieder in beginsel zelf de hem treffende schade draagt. Met name geldt dit ook voor schade die veroorzaakt wordt door het feit dat een door iemand gewenst contract niet tot stand komt. Dit betekent dat ook de schade die wordt veroorzaakt door de opzegging als zodanig (met andere woorden: door het feit dat er na een zekere tijd geen overeenkomst meer bestaat) voor rekening van de opgezegde partij dient te blijven[21].

Naast deze schade kan er ook schade worden teweeg gebracht door het feit dat een bepaalde overeenkomst gedurende een zekere tijd heeft bestaan, alsmede door het feit dat die overeenkomst gedurende zekere tijd feitelijk is uitgevoerd. Door dit bestaan hebben is de beschikbaarheid voor het aangaan van andere soortgelijke contracten verminderd. Waar het in beginsel op aan komt is dat de wederpartij weer in de vroegere staat (situatie ten tijde van het sluiten van het contract) van algemene beschikbaarheid 'voor de markt' terugkomt. De kosten van de aanpassingen die nodig zijn om weer in die toestand van algemene beschikbaarheid te geraken zou men aanpassingsschade kunnen noemen. (Bijv. de tijd die nodig is om zich te oriënteren op de markt (verwerving nieuwe relaties of het vinden van andere alternatieven), verwerving van bekendheid, realiseren van investeringen - niet de kosten van de investeringen zelf! - .) Daarnaast treden er afwikkelingskosten op, dat wil zeggen kosten die ontstaan door het afbouwen als zodanig van de relatie (bijv. teruggave bedrijfskleding, reclame-materiaal, wijziging in registers, omschakeling of vermindering produktielijn en afzetkanaal, opzeggen vervoerscontracten, opzeggen verzekeringscontracten). Deze zullen in het vervolg onder aanpassingsschade mede zijn begrepen.

Voorzover er op de opzeggende partij een plicht rust schade voor zijn wederpartij ten gevolge van de beëindiging voor zijn rekening te nemen, zal in het algemeen de aanpassingsschade het maximum vormen dat voor de vergoeding in aanmerking komt. De overige schade (bijv. ten gevolge van het feit dat men ouder geworden is, dat de marktverhoudingen zich wezenlijk hebben gewijzigd) staat los van het bestaan hebben van de overeenkomst, uitzonderingen daargelaten. Er moet een oorzakelijk verband aanwezig zijn tussen het bestaan (hebben) van de opgezegde overeenkomst of op te zeggen overeenkomst enerzijds en de schade die de opgezegde partij na de opzegging ondervindt. De plicht voor de opzeggende partij, zoals die in de vorige paragraaf onder de noemer de goede trouw is geformuleerd, brengt voor hem mee dat hij de opgezegde partij in het algemeen in de gelegenheid dient te stellen de aanpassingen, die mede door zijn toedoen - het aangaan van het op-

Inleiding

gezegde contract - nodig zijn geworden, te realiseren met niet meer dan normaal te achten kosten. Schending van deze rechtsplicht levert de rechtsgrond op voor de verantwoordelijkheid voor de aanpassingsscha- de en tevens de maatstaf voor de omvang van die verantwoordelijkheid. Kosten die de opgezegde partij geheel aan zichzelf te wijten heeft (bijv. niet bijhouden van vakliteratuur, achterwege laten van investerin- gen om bij te blijven bij technische ontwikkelingen) komen niet voor verantwoordelijkheid van de opzeggende partij. Aan de andere kant kom- men kosten die juist door toedoen van de opzeggende partij zijn ont- staan, zoals (bijzondere) investeringseisen, exclusiviteitsbedingen, non- concurrentiebedingen, in versterkte mate binnen zijn verantwoorde- lijkheidsfeer.

Een factor van betekenis is ook de tijd gedurende welke het contract tot de opzegging heeft geduurd. Des te langer een relatie duurt, des te meer ontstaat in beginsel een zekere onderlinge afhankelijkheid, welke aanpassing extra kan bemoeilijken. Dit speelt des te sterker als de rela- tie tot kennelijke tevredenheid van beide partijen, althans van de opzeg- gende partij heeft gefunctioneerd, omdat beëindiging dan minder waar- schijnlijk is en de wederpartij minder reden had om naar alternatieven te blijven uitkijken. Ook anderszins de suggestie wekken dat de relatie nog lang zal duren, werkt deze afhankelijkheid in de hand. Schending van de genoemde rechtsplicht is niet of in mindere mate aanwezig als de opzegging door de opgezegde partij zelf is uitgelokt of op andere wijze veroorzaakt, bijv. door het plegen van wanprestatie.

Wanneer het uitvoeren van de overeenkomst de marktwaarde van de wederpartij verhoogt, zal van kosten tot aanpassing minder sprake zijn (bijv. filmacteur, beroepsvoetballer).

Schematisch weergegeven ontstaat het volgende overzicht (dat geen aanspraak maakt op volledigheid):

A factoren die de verantwoordelijkheid van de opzeggende partij ver- groten:

- eisen die de opzeggende partij aan de wederpartij heeft gesteld en die door hun specifiek karakter de algemene beschikbaarheid vermin- deren, bijv. bijzondere investeringseisen, voorraadeisen, reclame-eisen, exclusief verkeer.
- de mate waarin de opzeggende partij op zijn wederpartij beslag heeft gelegd; langere tijdsduur, grotere intensiteit.
- de mate waarin de indruk wordt gewekt door de opzeggende partij dat beëindiging voorlopig niet te verwachten is.

B factoren die de verantwoordelijkheid van de opzeggende partij ver- kleinen:

- bijzondere ervaringen en bekwaamheden die door de uitvoering van het contract worden opgedaan en de algemene beschikbaarheid verhogen.
- nalatigheid van de opgezegde partij zelf zijn algemene beschikbaar- heid op peil te houden, mede gezien de kans dat een beëindiging zou kunnen plaats vinden.
- signalen van de kant van de opzeggende partij dat de kans op beëin- diging groter wordt (waarschuwing).
- tekortschieten door de opgezegde partij in de uitvoering van het contract.

Inleiding

C factoren die in het algemeen niet ter zake zullen doen:

- verandering van omstandigheden in de sfeer van overmacht; schaarste, conjunctuur, overheidsmaatregelen, etc.
- factoren die in de persoon van de opgezegde partij gelegen zijn (hem persoonlijk betreffende omstandigheden) bijv. gezinssituatie, leeftijd, gezondheid, woonomstandigheden, financiële situatie, personeelsomstandigheden als bezetting, leeftijdsopbouw, arbeidsvoorwaarden, etc.

Naar aanleiding van deze (wellicht wat erg abstracte) beschouwing kunnen mijns inziens twee conclusies worden getrokken. Op de eerste plaats dat er een bovengrens bestaat aan de verantwoordelijkheid, die in het algemeen bepaald wordt door de maximumaanpassingsschade. Dit betekent dat van een aantal schadeposten gezegd kan worden dat deze niet voor vergoeding in aanmerking komen. Op de tweede plaats dat nauwkeurige vaststelling van de grens van de verantwoordelijkheid, gezien de vele en vaak moeilijk kwantificeerbare factoren die een rol spelen, in een voorliggend geval een uiterst moeilijke opgave zal zijn.

Het is van belang voor ogen te houden dat deze beschouwing slechts opgaat voor het min of meer normale geval. In dit geval zal een zeker oorzakelijk verband tussen het bestaan van de overeenkomst op zichzelf en de schade na de beëindiging vereist zijn. In bijzondere gevallen is dit anders. Er zijn gevallen waarin de belangen en posities van de opgezegde partij zodanig zijn dat door de wetgever uitdrukkelijk is bepaald dat op de opzeggende partij een verdergaande verantwoordelijkheid drukt. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van de werkgever bij een arbeidsovereenkomst en de verhuurder van woon- of bedrijfsruimte. Deze moeten soms verdergaande tegemoetkomingen betalen zoals afvloeiingsregelingen (waarbij bovendien factoren als leeftijd en marktsituatie wel een rol spelen) respectievelijk verhuis- en herinrichtingskostenvergoedingen. Die verantwoordelijkheid kan zelfs zo ver worden opgeschroefd dat die bewuste partij het intreden van aanpassingsschade, afwikkelingsschade en andere schade in hun geheel dient te voorkomen, namelijk door opzegging in het normale geval achterwege te laten (opzeggingsverboden).

De wijze van realisering van de hier besproken verantwoordelijkheid kan verschillend zijn. Op de eerste plaats kan gedacht worden aan het inachtnemen van een passende opzeggingstermijn en/of een geschikte dag waartegen, en het betalen van een beëindigingstegemoetkoming. Op de tweede plaats kunnen er ook meer specifieke maatregelen genomen worden zoals het verlenen van studie- en sollicitatieverlof, het aanbod tot wederinkoop van onverkochte voorraden, het introduceren bij collega's, overname personeel, etc. Op de derde plaats door het afzien van de opzegging of het aanbieden van een nieuw contract.

Naast de verantwoordelijkheid voor de schade houdt de zorgplicht van de opzeggende partij een aantal min of meer vanzelfsprekende verplichtingen in zoals geen onnodig grievende tekst kiezen voor het 'verpakken' van de opzegging, zo tijdig mogelijk waarschuwen dat een opzegging wordt overwogen, indien dat van de opzeggende partij gevergd kan worden, in voorkomend geval de periode van onzekerheid voor de wederpartij zo gering mogelijk houden, etc.

De begrippen opzegging en duurovereenkomst

2.1 INLEIDING

In onze wetgeving komt een definiering of iets wat daar op lijkt van het begrip opzegging niet voor. In een groot aantal gevallen wordt van een opzegging gerept. Daarbij gaat de wetgever blijkbaar van de veronderstelling uit dat dit begrip, althans de term, de burger duidelijk is[1]. Dat deze veronderstelling op gespannen voet met de werkelijkheid staat behoeft nauwelijks verwondering te wekken, gezien het feit dat de wetgever zelf de term opzegging gebruikt ter aanduiding van verschillende rechtsfiguren en/of rechtsfeiten. Bovendien komen er in de wetgeving niet als 'opzegging' gekwalificeerde rechtsfiguren voor welke identiek zijn met figuren welke elders in de wetgeving met de term 'opzegging' worden aangeduid. Op de verschillende aspecten van dit woordgebruik zal ik in hoofdstuk 3 nader ingaan.

Nu een wettelijke omschrijving ontbreekt en de wetgever ons met een inconsequent woordgebruik confronteert, rijst de vraag of er een opzeggingsbegrip kan worden opgespoord, dat door zijn specifieke aard een aparte plaats in ons overeenkomstenrecht inneemt en dat geacht kan worden min of meer overeen te komen met de globaal gepretendeerde opvatting van de wetgever. Bij wijze van hypothese neem ik aan, dat dit het opzeggingsbegrip moet zijn zoals dat uit de literatuur is af te leiden, nu ook in de jurisprudentie een algemene omschrijving van dit begrip niet voorkomt[2] (zie nr. 2.2). Vervolgens zal ik proberen door middel van een analyserende beschouwing over de verhouding opzegging - overeenkomst meer duidelijkheid te verkrijgen over de wezenskenmerken van het in nr. 2.2 gevonden begrip (zie hiervoor nrs. 2.3 t/m 2.4).

2.2 OMSCHRIJVING VAN HET OPZEGGINGSBEGRIP IN DE LITERA- TUUR EN TEN OPZICHTE VAN ENKELE ANDERE (VERGELIJKBA- RE) RECHTSFIGUREN

De omschrijving in de literatuur

Kingma-Boltjes[3] verstaat onder opzegging: mededelen dat men een aangegane verbintenis wenst te doen ophouden[4]. Opzeggen in de meer gebruikelijke zin houdt in dat men daarbij een zekere opzegtermijn in acht neemt, zodat de beëindiging zelf later plaats vindt. Of het begrip opzegging noodzakelijkerwijs de inachtneming van een opzegtermijn inhoudt, heeft vooral beoefenaren van het arbeidsrecht beziggehouden. De oorzaak hiervan is het inconsistente woordgebruik in de wettelijke regels betreffende het einde van de arbeidsovereenkomst, de artikelen 1639e BW e.v. Mijns inziens gaat het bij deze controverse niet zozeer

Begrip opzegging en duurovereenkomst

om het opzeggingsbegrip als zodanig, maar om de preciese betekenis van een aantal bepalingen in het B.W. Ik zal daarom deze controverse hier in het midden laten en in hoofdstuk 3 nader aan de orde stellen.

Suijling[5] definieert de opzegging als een eenzijdige, aan mededeling onderworpen wilsverklaring, die aan de opgezegde overeenkomst voor de toekomst hare werking ontnemt en de in het verleden uit die overeenkomst geboren vorderingen, voorzover zij nog niet vervallen zijn, opeisbaar doet worden. Suijling vermeldt niet waarom hij het tot de essentie van de opzegging vindt behoren dat de genoemde vorderingen opeisbaar worden. Waarschijnlijk ligt de verklaring hiervoor in het feit dat hij twee voorbeelden geeft waarin die opeisbaarheid een rol speelt om aan te geven dat door de opzegging de rechtsverhouding tot een definitief einde komt. Hij noemt de opzegging van een huurovereenkomst, die medebrengt dat het huis ontruimd moet worden en de huurtermijn over het laatste kwartaal betaald, en de opzegging van een verstrekte geldlening, die een einde maakt aan de plicht tot het gedogen dat het geld onder de crediteur blijft en de crediteur verplicht tot teruggave. Uit deze voorbeelden blijkt dat de opeisbaarheid niet direct voortvloeit uit de opzegging, maar het gevolg is van de aard van de overeenkomst en het feit dat deze tot een eind komt (ongeacht de beëindigingswijze). Ook bij een beëindigingsovereenkomst of ontbinding wegens wanprestatie zal de woning ontruimd en het geld teruggegeven moeten worden. Daarentegen is bij opzegging van een tijdschriftabonnement het opeisbaar worden van vorderingen door de opzegging, ook op indirecte wijze door het einde van de overeenkomst, niet waarschijnlijk.

Suijling meent dat de opzegging een eenzijdige, aan mededeling onderworpen wilsverklaring vormt. Hij bedoelt hiermee niet dat de opzegging uitdrukkelijk gedaan moet worden, want hij vermeldt eveneens dat de opzegging ook stilzwijgend kan geschieden. Hij geeft met deze toevoeging aan dat hier sprake is van een 'empfangsbedürftige' wilsverklaring, dat wil zeggen een die gericht is tot een bepaalde persoon en daarom pas kan werken vanaf het moment dat zij die persoon, de wederpartij, heeft bereikt (blz. 430).

Clavareau[6] neemt het opzeggingsbegrip van Suijling over met de opmerking dat Suijling onder opzegging verstaat de eenzijdige beëindiging van het nog resterende gedeelte der rechtsverhouding ex nunc. De kwestie van het opeisbaar doen worden van vorderingen acht Clavareau klaarblijkelijk niet van belang, evenals het aan mededeling onderworpen zijn. Hij wordt op de voet gevolgd door Hijmans van den Bergh, die aanvankelijk uitgaat van een opzeggingsbegrip dat alle vormen van eenzijdige beëindiging omvat, maar vervolgens zich bij Suijling aansluit[7].

In zijn bewerking van Hofmann-Van Opstall[8] geeft Abas een duidelijke omschrijving, waarmee hij de gedachte van zijn voorgangers voortzet[9]. Hij verstaat onder opzegging de handeling van een partij bij een overeenkomst, waardoor vanaf een zeker tijdstip de voortdurende verbintenissen wat haar aanvang betreft, worden gelimiteerd: de voortdurende prestatie behoeft niet verder te worden voortgezet dan wel, indien de duurovereenkomst tot periodiek verschuldigde prestaties verplicht, worden er na dat zekere tijdstip geen nieuwe prestaties meer verschuldigd.

Rutten[10] geeft geen aparte omschrijving van het opzeggingsbegrip. Opzegging is een handeling waarmee een partij een rechtsverhouding

Begrippen opzegging en duurovereenkomst

beëindigt. Het betreft dan, volgens Rutten, rechtsverhoudingen waarbij partijen slechts prestaties hebben toegezegd voor zolang die rechtsverhouding tussen hen zal voortduren. Deze prestaties kunnen niet eenzijdig worden herroepen zolang die rechtsverhouding zal voortduren[11]. Anders gezegd, een opzegging bewerkstelligt dat de rechtsverhouding eindigt, zodat na het eindigingstijdstip geen prestaties meer verschuldigd worden en de uit de rechtsverhouding nog voortvloeiende prestatieverplichtingen onverkort blijven bestaan (en eventueel opeisbaar worden).

De doctrine levert dus drie omschrijvingen op[12], waarvan die van Suijling en Hofmann-Abas als definitie kunnen gelden. Alle drie de omschrijvingen achten voor een opzegging essentieel dat de overeenkomst of de rechtsverhouding voor de toekomst wordt beëindigd en reeds 'geboren' verbintenissen blijven bestaan. Abas en Rutten verwijzen hierbij naar de aard van de rechtsverhouding, die uit voortdurende verbintenissen bestaat respectievelijk die duurt. Suijling heeft het over voor de toekomst haar werking ontnemen, terwijl er vorderingen blijven bestaan, dus voor het verleden blijft de werking intact. Alle hierboven genoemde auteurs gaan uit van de eenzijdigheid van de opzegging[13]. Wat door Abas en Rutten met handeling wordt aangeduid, is bij Suijling de 'aan mededeling onderworpen wilsverklaring'. Hierdoor wordt duidelijk dat de handeling rechtstreeks tot de beëindiging leidt en niet bestaat uit bijvoorbeeld het verzoek tot de kantonrechter de rechtsverhouding te ontbinden.

Concluderend kunnen we dus vaststellen dat als algemene definitie van het opzeggingsbegrip in de literatuur het volgende naar voren komt. Opzegging is de eenzijdige, (aan mededeling onderworpen) wilsverklaring, waardoor vanaf een zeker tijdstip de overeenkomst voor de toekomst van haar werking wordt beroofd (de voortdurende verbintenissen wat haar omvang betreft worden gelimiteerd[14]).

De omschrijving ten opzichte van enkele andere (vergelijkbare) rechtsfiguren

Annulering/herroeping

Hiermede heeft de opzegging praktisch alles gelijk, behalve het rechtsgevolg. Het onderscheidend verschil tussen de opzegging en de herroeping is gelegen in het feit dat de opzegging ziet op de beëindiging van het toekomstige deel van de overeenkomst ex nunc, terwijl bij de annulering de gehele rechtsverhouding wordt ongedaan gemaakt ex tunc of ex nunc[15]. Herroepen wordt ook vaak gebruikt als de generalis van beëindiging (al of niet eenzijdig, al of niet voor het toekomstige) van de overeenkomst[16]. Opzegging is dan als een specialis op te vatten van dit algemene beëindigingsbegrip.

Ontbinding door de rechter

Ontbinding door de rechter onderscheidt zich van de opzegging al vanwege het feit dat het hier niet een wilsverklaring (van een partij) betreft.

Ontbinding wegens wanprestatie

In ons recht wordt de opvatting gehuldigd dat de wanprestatie als overeengekomen ontbindende voorwaarde de overeenkomst ontbindt,

(maar dat die ontbinding door de rechter moet worden uitgesproken, tenzij partijen anders hebben afgesproken). Wanprestatie wordt gevormd door het niet of niet passend of niet genoeg voldoen aan de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen. Een dergelijk handelen behoeft geenszins een uitdrukking te zijn van de wil om de overeenkomst voor de toekomst te beëindigen. Voor zover dat wel het geval is, kan het in bepaalde gevallen tevens worden opgevat als een stilzwijgende opzegging.

In het NBW kan de ontbinding wegens een tekortkoming van de wederpartij plaatsvinden door een schriftelijke verklaring door de partij bij de overeenkomst zelve (art. 6.5.4.8). Het rechtsgevolg van die ontbinding is een ongedaanmaking *ex tunc*, zij het dat deze ongedaanmaking een verbintenis voor partijen vormt (art. 6.5.4.14). Het is mogelijk dat de ontbinding slechts voor een gedeelte van de overeenkomst geldt (art. 6.5.4.10). Het is aldus voorstelbaar dat de tot ontbinding strekkende partijverklaring de overeenkomst slechts ontbindt voor het toekomstige met in standhouding van bijvoorbeeld het reeds afgewikkelde of het verleden deel. Een dergelijke verklaring kan derhalve voldoen aan de definitie van de opzegging. Dit is dan echter een toevalligheid. Een gedeeltelijke ontbinding kan op allerlei mogelijke manieren plaatsvinden.

Aanbod tot een beëindigingsovereenkomst

Een aanbod tot een beëindigingsovereenkomst wordt wel opgevat als een eenzijdige rechtshandeling. Van dit aanbod kan eveneens gezegd worden dat het de wens tot uitdrukking brengt om tot beëindiging van de relatie te komen. Als wilsuiting heeft het aanbod echter een andere inhoud: het aanbod is gericht op het tot stand brengen van een beëindigingsovereenkomst en niet, zoals bij de opzegging, op het direct teweegbrengen van het einde zelf.

Soms kan een opzegging niet tot het gewenste resultaat, het eenzijdig op directe wijze beëindigen van een overeenkomst, leiden (bijv. door het van kracht zijn van een wettelijk verbod). De wederpartij kan dan onder omstandigheden die mededeling opvatten als een aanbod om tot een beëindigingsovereenkomst te komen. Hiervan kan rechtens alleen sprake zijn als de wederpartij de opzeggingshandeling redelijkerwijs zo moest of kon opvatten, dat de opzeggende partij tevens de wil kenbaar wilde maken dat hij ook door middel van een tweezijdige rechtshandeling de overeenkomst tot een beëindiging wilde komen. Mijns inziens kan een geldige opzegging nooit de functie vervullen van een aanbod tot een beëindigingsovereenkomst. Door de opzegging wordt de overeenkomst immers al beëindigd; voor toestemming van de kant van de wederpartij is geen plaats. Het is ook niet zo dat een opzegging met inachtneming van een termijn door aanvaarding kan worden omgezet in een overeenkomst tot beëindiging tegen een eerder tijdstip. Door het noemen van de termijn is de wil om op een eerder tijdstip te beëindigen immers niet kenbaar. Het is daarentegen wel mogelijk dat de opzeggende partij een zodanige mededeling doet dat er naast een opzegging tevens een aanbod tot eerdere beëindiging op te maken valt. Maar dan gaat het niet meer alleen over een opzegging. (Bijv. werknemer zegt tegen baas: ik zeg op tegen 1 april (hetgeen tevens de opzegtermijn honoreert) maar elke eerdere beëindiging, hoe dan ook, zou mij net zo lief zijn.)

In dit verband dient ook nog onderscheiden te worden het geval dat

de wederpartij toestemt of berust in een opzegging. Hierdoor ontstaat - het zij herhaald - nooit een beëindigingsovereenkomst. Toestemming of berusting kan inhouden een uitdrukking van een eveneens op de beëindiging van de relatie gerichte wil, een afstand van recht om zich op bepalingen te beroepen die de nietigheid van de opzegging met zich brengen, een afstand van recht om zich op andere bepalingen te beroepen, die de opgezegde partij ter zake van de gedane opzegging enig recht toekennen of niet meer dan een inzien van de onvermijdelijkheid van de opzegging als zodanig. In de wettelijke regeling betrekkelijk tot de arbeidsovereenkomst (art. 1639o BW) en in het BBA 1945 (art. 6) is sprake van toestemming respectievelijk wederzijds goedvinden. Dit kan een beëindigingsovereenkomst zijn, maar ook een opzegging, die de overeenkomst op eigen kracht beëindigt, die wordt gevolgd door een toestemming (akkoord verklaring, berusting) door de wederpartij[17].

Einde van rechtswege

Een einde van rechtswege treedt in zonder dat daartoe een handeling van partijen nodig is. Zie hierover nader nr. 2.4.

Aanzegging

Een aanzegging is een feitelijke mededeling, ongeacht of hierdoor tevens een rechtshandeling wordt verricht. Een niet-stilzwijgende opzegging geschiedt altijd door middel van een aanzegging. Een aanzegging zegt op zichzelf alleen dat er feitelijk een mededeling wordt gedaan. Een nietige rechtshandeling zal dus een 'blote aanzegging' opleveren, evenals de mededeling van Jan tegen Piet dat hij hoopt dat het vandaag niet gaat regenen.

2.3 HET HUIDIGE BEELD TEN AANZIEN VAN DE VERHOUDING OPZEGGING-OVEREENKOMST

Als de opzegging een rechtshandeling is die een overeenkomst voor een deel van haar werking berooft, dan dringt de vraag zich op in welke verhouding die rechtshandeling tot die overeenkomst staat. Het bestaande dogmatische beeld van die verhouding munt niet uit door duidelijkheid en homogeniteit en is gebaseerd op art. 1374 BW, hetgeen gezien het bijzondere karakter van de opzegging ook niet verwonderlijk is. Overeenkomsten strekken partijen tot wet (art. 1374 lid 1), waaraan lid 2 toevoegt dat zij niet kunnen worden herroepen dan met wederzijdse toestemming of uit hoofde der redenen die de wet daartoe voldoende verklaart. Het uitgangspunt is de gedachte dat beëindiging van een overeenkomst slechts door een nieuwe, latere overeenkomst kan geschieden of door de wet moet worden mogelijk gemaakt[18] (bijv. art. 1647, 1683, 1639v BW). Anders gezegd: de wet gaat boven partij-afspraak en alleen als de wet het zegt moet een partij zich een eenzijdige beëindiging laten welgevalen[19]. Een opzegging is in deze visie dus slechts in zoverre eenzijdig, dat de bevoegdheid tot opzegging, indien deze niet door de wet wordt verleend, tweezijdig moet worden tot stand gebracht, ofwel door een latere overeenkomst ofwel bij het sluiten van de overeenkomst zelf, waarbij men dan aan art. 1374 lid 2 derogeert. Deze opzeggingsbevoegdheid is derhalve een rechtstreeks uit de overeenkomst

voortvloeiende bevoegdheid, te beschouwen als een recht dat men heeft bedongen[20].

Het tweezijdig karakter van de totstandbrenging van dit recht om de overeenkomst op te zeggen is voor Koster[21] aanleiding te twijfelen aan het eenzijdig karakter van de opzegging zelf: de in het contract opgenomen opzeggingsclausule 'behelst in wezen een aanbod tot het aangaan van een tweezijdige rechtshandeling, welke men kan omschrijven als beëindigingsovereenkomst'[22].

Wanneer noch in de partij-afpraak noch in de wet een opzeggingsbevoegdheid staat vermeld, is niet duidelijk of er toch een mogelijkheid tot opzeggen bestaat. Volgens een aantal auteurs zou dit het geval zijn als de overeenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, volgens anderen is dit niet het geval. De voorstanders van een opzegbevoegdheid bij een overeenkomst voor onbepaalde tijd blijven vooral in gebreke ten aanzien van een motivering van hun standpunt. Volgens recente jurisprudentie kan ook de goede trouw een bevoegdheid tot opzegging meebrengen. Een standpunt dat de rechtszekerheid zeker niet ten goede komt, nu het niet gaat over het al of niet bestaan van bepaalde verplichtingen uit een bestaande overeenkomst, maar over het bestaan van de overeenkomst zelf. Op de kwestie van het bestaan van een opzegbevoegdheid naar huidig recht, ga ik in hoofdstuk 4 nader in. Onduidelijkheid bestaat er ook ten aanzien van de exacte inhoud van de begrippen bepaalde/onbepaalde tijd (zie nader 2.4) alsmede over het rechtsgevolg van een opzegging die in strijd met de partijafpraak, de wet of de goede trouw wordt verricht[23]. Uit de wetgeving komt geen consistent beeld naar voren. Het meest voor de hand liggend is dan weer de open norm van de goede trouw als norm te hanteren.

Het is op grond van de diverse geconstateerde onduidelijkheden mijn stellige indruk dat de voorstelling, die zich baseert op art. 1374 BW mank gaat aan een voldoende onderbouwde, theoretische basis. Vooral daarom wordt in de volgende paragrafen naar een andere oplossing gezocht.

2.4 EEN BEELD GEBASEERD OP ART. 1356 BW (DE BIJZONDERE VERHOUDING OPZEGGING-DUUROVEREENKOMST)

Het toestemmingsvereiste in art. 1356 BW

Volgens het in nr. 2.2 gevonden opzeggingsbegrip wordt door de opzegging vanaf een zeker tijdstip de overeenkomst voor de toekomst van haar verbindende kracht beroofd, terwijl die voor het overige zijn verbindende kracht behoudt. Gezien het feit dat de opzegging een bijzonder gevolg heeft voor de verbindende kracht van de overeenkomst, lijkt het mij - zacht gezegd - niet onlogisch te onderzoeken of er een bijzondere relatie te ontdekken valt tussen de opzegging enerzijds en de beginselen van het contractenrecht, waaruit de verbindende kracht voortvloeit, anderzijds. In zijn in 1979 verschenen dissertatie wijst Nieuwenhuis erop dat een aantal bepalingen in het BW aangaande het contractenrecht regels van constitutieve aard zijn: het recht verleent de mogelijkheid van nakomingsdwang aan bepaalde toezeggingen, welke voortvloeien uit zekere, nauwkeurig omschreven handelingen. Van dergelijke handelingen

is bijvoorbeeld sprake wanneer aan de vereisten van art. 1356 BW is voldaan (de toestemming van degenen die zich verbinden, de bekwaamheid om een verbintenis aan te gaan, een bepaald onderwerp en een geoorloofde zaak) en deze handelingen inhouden dat een of meer personen zich jegens een of meer anderen verbinden (art. 1349 BW). Een dergelijke handeling wordt overeenkomst genoemd en strekt partijen tot wet (art. 1374 lid 1 BW). De verbindende kracht die in die wetsbepalingen tot uiting wordt gebracht, berust, volgens Nieuwenhuis, op drie beginselen van contractenrecht: het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causabeginsel[24]. De mens kan zich rechtens binden, omdat hij autonoom is en tot 'een gebonden zijn' zijn wil kan bepalen. Het vertrouwensbeginsel brengt mee dat niet de interne, psychische gesteldheid doorslaggevend is, maar het door de wilsverklaring opgewekte, gerechtvaardigde vertrouwen bij de wederpartij.

In art. 1356 BW zelf zijn de rijke en zelfs bont geschakeerde variaties, die zich in het maatschappelijk (rechts-) leven kunnen voordoen niet terug te vinden. (Wel voor een deel in de volgende artikelen (art. 1357-1387 BW)). Nu gaat het er in art. 1356 ook niet om om de werkelijkheid te beschrijven, maar om bepaalde situaties te kwalificeren. Het is voldoende dat aan de eisen van art. 1356 is voldaan: deze eisen zijn minimumeisen; het is bijvoorbeeld niet relevant of men van harte instemt of met een zekere tegenzin. Voor wat betreft de toestemming die gevormd en verklaard wordt op basis van een verkeerde voorstelling van zaken of onder invloed van vrees, geweld of bedrog, geven de artikelen 1357 tot en met 1364 nadere regelen. Wat de wet betreft houden daar de nadere bepalingen ten aanzien van het begrip 'toestemming' (het 'grote blancovoord')[25] op. In de praktijk is men verder geconfronteerd met vragen als: op welk tijdstip komt een overeenkomst nu precies tot stand en waar wordt de overeenkomst geacht tot stand gekomen te zijn, etc. In de doctrine is, mede met het oog op dit soort vragen, het onderscheid ontwikkeld tussen aanbod en acceptatie. In het NBW is dit onderscheid expliciet opgenomen. (art. 6.5.2.1 e.v.) Aldus komt de overeenkomst tot stand op het moment van acceptatie: op dat moment bestaat er immers wilsovereenstemming en komen - in de visie van Van Dunné, die ik hier gemakshalve parafraseer - de verplichtingen, waar het bij het stellen van de rechtshandelingen aanbod en aanvaarding, om begonnen was, tot leven. Dit schema van aanbod en acceptatie drukt de kern uit van waar het bij de overeenkomst om gaat en maakt de gang van zaken ook goed voorstelbaar. In dit schema past uitstekend de opmerking van Schut 'zodra echter de overeenstemming is bereikt, is de handeling ten einde en telt alleen nog het resultaat: de afspraak zelf'[26].

Dit echter wil nog niet zeggen dat dit schema daarom in alle gevallen het enig mogelijke is. Naar mijn mening is in een aantal gevallen een ander schema mogelijk en zelfs gewenst. Dit schema kan in zijn essentie als volgt worden weergegeven: partijen stemmen in een (al of niet wederzijdse) gebondenheid toe, met dien verstande dat zij slechts gebonden willen blijven, zolang hun wil hierop gericht blijft. (duurtoestemming). Zodra hun toestemming of - wat eerder zal voorkomen - de toestemming van één van beiden zal ophouden te bestaan, vervalt ipso facto verdere gebondenheid. Dit laatste gebeurt niet omdat de wil van partijen daarop is gericht, maar omdat de gegeven toestemming verdere gebondenheid niet inhoudt. Dit schema laat zich in zijn grondvorm goed

illustreeren aan de hand van spelende kinderen. A stelt voor samen met de bal te gaan spelen. B stemt toe. Het samenspel gaat door zolang beide kinderen er plezier in hebben. Tot een bepaald moment de uitroep klinkt: ik doe niet meer! Het samenspel is tot dat tijdstip gedragen door de bij voortduring daarop gerichte wil. Het komen te ontvallen van die wil maakt aan het spel een eind.

Dit schema past evenzeer in het contractenrecht. In de eerste plaats valt het op dat het BW zelf geen zodanige eisen stelt aan het bestaan van de toestemming in art. 1356, dat slechts een toestemming rechts-geldig zou zijn die (op één ondeelbaar moment) met betrekking tot de gehele of nagenoeg gehele inhoud van de overeenkomst wordt bepaald (en/of verklaard). Het autonomiebeginsel verzet zich daar niet tegen, maar maakt juist mogelijk dat twee of meer mensen hun autonome wil zodanig bepalen dat zij zich voor wat betreft de gebondenheid in de toekomst niet volledig maar slechts op zodanige wijze vastleggen, dat hun gebondenheid niet verder gaat dan hen in de toekomst zal believen.

In de tweede plaats is het vereiste van een bepaald onderwerp, zoals dat in art. 1356 BW is neergelegd van belang. Het onzekere element in de toestemming (de onzekerheid hoe lang die zal voortduren) mag niet zoveel onzekerheid opleveren dat er geen reële gebondenheid kan overblijven. Uit het vereiste van een bepaald onderwerp vloeit voort dat de inhoud van de overeenkomst voldoende duidelijkheid moet verschaffen om te bepalen voor wie zij verbintenissen in het leven roept en tot welke prestaties die verbintenissen verplichten[27]. Dit brengt mede dat in het hier besproken geval, dat de toestemming slechts in de beperkte vorm als hierboven omschreven is gegeven, de inhoud van de overeenkomst in dit opzicht duidelijkheid moet verschaffen over de verplichtingen die tijdens de duur van de wederzijdse toestemming zullen bestaan. Hieruit vloeit noodzakelijkerwijs voort dat de prestatie die het onderwerp van die verplichtingen uitmaakt per tijdseenheid (aan de hand van het verloop van de tijdsduur) bepaalbaar[28] moet zijn. Uit de tijdsduur van het bestaan van de toestemming kan dan exact de prestatie bepaald worden die verschuldigd is. Men zou kunnen zeggen dat datgene van wat er aan zekerheid bij de toestemming afgaat, aan extra vereiste ten aanzien van de bepaaldheid van het onderwerp moet bijkomen (t.w. het per tijds-eenheid bepaalbaar zijn van de betrokken prestatie). Omgekeerd wil dit zeggen dat, indien partijen bij hun overeenkomst (althans één of meerdere van) de prestatie(s) bepaalbaar stellen per tijdseenheid (dit gaat vanzelfsprekend alleen indien de aard van die prestatie(s) zich daartoe leent), zij hun toestemming niet verder behoeven te 'geven' dan voor het actuele moment zelf, om toch een rechtens bestaansbare overeenkomst te creëren. De overeenkomst wordt dan gedragen door de continuering van de hierop gerichte toestemming.

De verbintenissen welke uit de op deze wijze tot stand gebrachte overeenkomst voortvloeien worden bepaald door de duur van de toestemming. De duur van de toestemming wordt aldus wezenlijk bestanddeel van de overeenkomst. Het gaat hier met recht om duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Onbepaald, niet zozeer omdat partijen de tijdsduur per sé open willen laten, maar reeds op grond van het feit dat hun toestemming niet verder gaat dan het actuele moment (partijen zijn bijv. aan het denken over het einde van hun relatie helemaal nog niet toegekomen).

Begrip opzegging en duurovereenkomst

In beginsel is het zo, dat zodra de toestemming van een van de partijen komt te vervallen, de overeenkomst ophoudt verder tot stand te komen: niet omdat partijen dat willen, maar omdat aan de constitutionele vereisten van art. 1356 BW niet meer wordt voldaan. Het vertrouwensbeginsel brengt mede, dat de wederpartij op het voortduren van de toestemming van de andere partij moet kunnen vertrouwen, zolang het tegendeel hem niet op ondubbelzinnige wijze is gebleken. De weg waarlangs men in het rechtsverkeer van een psychische toestand doet blijken, is die van de (wils)verklaring. De partij wiens toestemming tijdens de looptijd van het contract komt te vervallen, moet daarvan mededeling doen aan haar wederpartij[29]. Uit het vertrouwensbeginsel vloeit voort dat de overeenkomst in stand blijft tot het moment waarop die mededeling de wederpartij heeft bereikt[30]. Het is derhalve door deze mededeling dat wordt verhinderd dat de overeenkomst verder tot stand komt. In andere woorden: door deze mededeling wordt de overeenkomst voor de toekomst beëindigd met instandhouding van de tot dat moment ontstane (geboren) verbintenissen. Deze mededeling voldoet aan de definitie van de opzegging, welke in nr. 2.2 is gevonden.

Hier zij er aan herinnerd dat de psychische gesteldheid in ons contractenrecht een sterk gerelatieve rol speelt. Het gaat niet om de werkelijke zin of lust in een gebondenheid, maar om een rationele wil (die men aan zijn wederpartij verklaart)[31]. Als mijn auto kapot is zal ik wellicht met grote tegenzin willen dat de naburige, mij onsympathieke garagehouder, de wagen repareert. Deze tegenzin is juridisch irrelevant. Voor het overeenkomstenrecht gaat het - los van elke discussie tussen aanhangers van de wils- en de vertrouwensleer - hooguit om de geobjectiveerde, juridische wil, als rationeel besluit tot een bepaalde gebondenheid. Het is daarom ook voorstelbaar dat een partij die 'juridische wil' vooruit kan bepalen. Het is mogelijk dat een partij verklaart niet meer gebonden te willen zijn vanaf een zekere toekomstig tijdstip. Met andere woorden: een opzegging behoeft niet noodzakelijkerwijs tot effect te hebben dat de overeenkomst met onmiddellijke ingang wordt beëindigd. Een beëindiging kan ook op termijn worden bewerkstelligd door de mededeling dat men met ingang van de eerste van de volgende kalendermaand niet meer zal willen. Ook is het mogelijk dat partijen reeds van het begin af aan afspreken dat in het geval dat bij een van hen de wil tot verdere gebondenheid komt te ontbreken, de rechtsrelatie gedurende een zekere tijd zal voortduren. Opzegging heeft dan tot gevolg dat die afgesproken, bepaalde tijd (opzegtermijn) van kracht wordt. Het kan ook zijn dat het recht op enigerlei wijze meebrengt dat een bepaalde termijn dient te verlopen tussen het moment waarop de mededeling de wederpartij bereikt en het moment waarop de rechtsbetrekking tussen partijen tot een einde komt. Het in de definitie in nr. 2.2 opgenomen gedeelte 'vanaf een zeker tijdstip' heeft daarom zelfstandige betekenis en past in het hier voorgestelde schema met betrekking tot de totstandkoming van bepaalde overeenkomsten.

Het is de vraag of de opzegging altijd in dit schema past, met andere woorden of de omgekeerde redenering ook opgaat. Naar mijn mening is dat inderdaad het geval. Per definitie verdeelt de opzegging de overeenkomst in een verleden deel, dat in stand blijft, en een toekomstig deel, dat 'van zijn werking wordt beroofd'. Dit is de wil van de opzeggende partij. Zolang een mogelijkheid tot opzegging bestaat en de daartoe

bevoegde partij daarvan geen gebruik maakt, ligt het het meest voor de hand te veronderstellen dat zij van dat gebruik heeft afgezien omdat haar wil niet op beëindiging van de rechtsrelatie was gericht. Zolang iemand niet van een hem toekomende opzegbevoegdheid gebruik maakt moet aangenomen worden - dit op grond van de veronderstelling waarop ons gehele (contracten-) recht berust, dat elke volwassene in beginsel op rationele wijze zijn wil bepaalt en tot uitdrukking kan brengen - dat zijn rationele wil op voortzetting van de relatie is gericht[32].

In het hier voorgestelde schema met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten is de bevoegdheid tot opzegging niet te beschouwen als een recht dat, als zijnde bedongen, uit een contract voortvloeit, maar veeleer als een onderdeel van de autonomie betreffende het aangaan van contracten. Een bevoegdheid tot opzegging bestaat in beginsel bij elk contract tenzij men die bevoegdheid heeft prijsgegeven. Vaak zal dat laatste uit de aard van het contract voortvloeien, bijvoorbeeld bij de koop van een ijsje of een radio, maar bij overeenkomsten, die tot een prestatie verbinden die per tijdseenheid bepaalbaar is, ligt dit anders. Daar doet men afstand van zijn bevoegdheid tot opzegging doordat en voorzover men zich bindt aan een bepaalde tijdsduur.

De voorstelling van een overeenkomst, die tot stand komt en in stand gehouden wordt door een voortdurende wilsovereenstemming is overigens niet zo revolutionair. Ten aanzien van de eenzijdige beëindiging van de Romeins-rechtelijke 'societas' schrijven Kaser/Wubbe[33]: Aangezien de societas slechts bestaat, zolang de consensus van alle vennoten voortduurt, kan ieder hunner te allen tijde tot opheffing[34] overgaan; wel moet hij dan zijn reeds bestaande contractuele verplichtingen nog nakomen. Mij verder tot het huidige recht bepalend[35], wijs ik op een gedachte van Levenbach:

'Het is in beginsel naar burgerlijk recht aan de vrije wilsovereenstemming van partijen overgelaten, hoelang een dienstbetrekking zal duren. Ze kunnen te dien aanzien reeds bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst verplichtingen op zich nemen of deze kunnen ook uit andere rechtsbronnen volgen. In dergelijke gevallen is door de reeds bij het sluiten van het contract aanvaarde verplichtingen de duur van de dienstbetrekking ook verder vastgelegd; de wederzijdse partijwil is gebonden, de zelf tegenover elkaar aanvaarde binding stelt voor partijen de grens van de duur; als die grens bereikt wordt, eindigt de dienstbetrekking automatisch. Maar het kan ook zijn dat deze verplichtingen niet van te voren door contractsregeling of aanvullende rechtsbronnen vastgelegd zijn. Ook in dat geval berust de duur van de dienstbetrekking op de gezamenlijke partijwil, op de wilsovereenstemming; de wil van de partijen is dan echter t.a.v. de duur niet gebonden. Derhalve komt de dienstbetrekking tot een einde, indien de wilsovereenstemming van partijen verder wegvalt[36], d.w.z. reeds zodra een van de partijen niet verder wil gaan en dit op behoorlijke wijze aan de wederpartij kenbaar maakt.'

Het door mij voorgestelde model voor de totstandkoming van bepaalde overeenkomsten, is vanzelfsprekend niet meer dan een voorstelling die in bepaalde gevallen mogelijk is en zelfs (zie aanstonds) de meest aangewezen vormt. Als zodanig staat het op dezelfde afstand van de werkelijkheid als het 'klassieke' model van aanbod en acceptatie, waaruit op het ondeelbare moment van aanvaarding een 'versteende overeenkomst'

als rechtsbetrekking voortvloeit. Op gespannen voet met de werkelijkheid lijkt mij het 'duurmodel' echter geenszins. Nogmaals: het gaat om de juridisch relevante wil overeenkomstig de vertrouwensleer en niet om de interne gemoedstoestand. Bovendien zal het in een groot aantal gevallen toch zo zijn dat er praktisch alleen een werkbare relatie kan bestaan indien partijen daadwerkelijk een min of meer permanente wil tot samengaan bezitten. Met name kan dan gedacht worden aan een arbeids-overeenkomst. Het aanbieden en accepteren van een bevordering, van salariswijzigingen, etc. verandert immers telkens de contractsinhoud. Dit is slechts mogelijk omdat partijen die wijzigingen beide willen.[38]

Ook ten aanzien van de regeling betreffende de tot stand koming van overeenkomsten in het NBW (art. 6.5.2.1 e.v.) stuit dit niet op bezwaren. De duurtoestemming kan worden gezien als een in de tijd volgehouden aanbod en aanvaarding, waarbij een partij, wanneer zij de relatie wenst te beëindigen, (mededeling doet aan de wederpartij van het feit dat zij) niet langer aanbiedt respectievelijk aanvaardt. Het gaat hier om een aanbod/aanvaarding in een bijzondere vorm, namelijk zich beperkend tot het actuele moment zelf. Dit is alleen mogelijk bij een aanbod en aanvaarding van een prestatie of een totaliteit van prestaties welke per tijdsseenheid bepaalbaar is. Voor wat betreft het aanbod lijkt het op het eerste gezicht van belang dat art. 6.5.2.2 lid 2, bepaalt dat een aanbod slechts kan worden herroepen zolang het niet is aanvaard. We moeten hier echter voor ogen houden dat de mededeling dat men niet langer aanbiedt niet als een herroeping gezien kan worden omdat - gezien het bijzondere, beperkte karakter ervan - voor de toekomst nog geen (volledig) aanbod bestaat. Die volledigheid komt pas tot stand op het actuele moment zelf, op welk moment ook pas kan worden aanvaard. Zou het aanbod wel volledig voor een periode in de toekomst gelden en wordt het slechts aanvaard voor het actuele moment zelf, dan is de bedoelde mededeling door de aanbieder wel te beschouwen als een herroeping, maar daartegen bestaat dan geen bezwaar omdat er nog geen sprake is van een aanvaarding voor die periode.

Het begrip duurovereenkomst

Hierboven heb ik een schema voorgesteld dat het voortbestaan van een uit een overeenkomst voortvloeiende rechtsrelatie doet afhangen van het (juridisch) voortduren van de wilsovereenstemming (duurtoestemming). Deze wilsovereenstemming heb ik duurovereenkomst genoemd. Een ander begrip duurovereenkomst is bijvoorbeeld te vinden bij Hoffmann-Van Opstall: een duurovereenkomst is een overeenkomst waaruit voortspuit ofwel een voortdurende verbintenis ofwel een rechtsplicht om gedurende zekere tijd periodiek, of zo dikwijls als de schuldeiser daartoe de wens te kennen geeft, een zekere prestatie te verrichten (ongeacht of deze voortdurend is)[39]. Onder een voortdurende verbintenis wordt t.a.p. verstaan een verbintenis die verplicht tot een prestatie die met zich brengt dat de schuldenaar een zeker gedrag over een zeker tijdsverloop volhoudt. Het bijzonder kenmerk van een duurovereenkomst is hier dus gelegen in het feit dat deze een duurrelatie dat wil zeggen een zich over een zeker tijdsverloop uitstrekkende rechtsrelatie, in het leven roept.

Hijmans van den Bergh[40] heeft zich in 1952 uitvoerig met het zoeken

naar de essentie van het begrip duurovereenkomst beziggehouden. Hij heeft het eigenlijk over duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, maar deze stelt hij klaarblijkelijk met de duurovereenkomst op één lijn (t.a.p. blz. 116). Hijmans heeft zich met name ook in de Duitse en Franse doctrine verdiept. De enige 'echte' definitie die hij aantrof, was die van Von Gierke, die erop neerkomt dat de prestatie, die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt, aan de hand van een tijdstip of een tijdsverloop wordt bepaald. De tijd is dus een essentiële van de overeenkomst of - zo men wil - van de rechtsbetrekking. Geen enkele van de kenmerken die als wezenlijk voor deze duurovereenkomsten worden voorgesteld, komt Hijmans als overtuigend voor. Dat een 'Dauerschuldverhältnis' niet door het presteren teniet zou gaan maar door het verloop van de tijd, voor welke de verbintenis is aangegaan (blz. 101), acht hij onjuist; alleen al op grond van het feit dat na het tijdsverloop de niet voldane schulden wel degelijk nog de rechtsplicht meebrengen om deze te voldoen. Von Gierke had voor deze stelling nog een ander argument aangevoerd, namelijk dat het voldoen aan een periodiek verschuldigde prestatie toch de overeenkomst in stand houdt, zodat een nieuwe verplichting ontstaat. Hijmans is van mening dat je al die successievelijke verplichtingen in het kader van het geheel moet blijven beschouwen (je mag die rechtsbetrekking niet in mootjes hakken) en vindt dat door een van de prestaties niet al het verschuldigde wordt voldaan (blz. 105). 'Zulk een voldoening blijft een deel van het geheel, met de volgende voldoening in het vooruitzicht. Het is een voldoening met een daarvan niet los te maken horizon.' Aldus beschouwd onderscheidt de duurovereenkomst zich niet van voorbijgaande contracten, welke een veelheid van prestaties bevatten. Von Gierke meende tevens als bijzonderheid aan duurovereenkomsten te kunnen ontdekken het feit dat zij bestendige machtsverhoudingen in het leven kunnen roepen en houden, en op deze wijze rechten kunnen creëren die op zakelijke rechten lijken. Hijmans beaamt deze mogelijkheid voor wat betreft overeenkomsten bij 'welker uitvoering een zekere tijdsduur een essentiële is', maar ziet toch geen wezenlijk verschil met bijvoorbeeld een koopovereenkomst, krachtens welke de verkoper zich verplicht de koper de eigendom van een huis te 'leveren' (blz. 103). Ook zou voor sommige duurovereenkomsten gelden dat zij een sterk personenrechtelijke inslag zouden gaan vertonen (bijv. de arbeidsovereenkomst). Ook hier valt weer met geen mogelijkheid een wezenlijk kenmerk voor de duurovereenkomst te ontdekken, aldus Hijmans (blz. 104). Tot slot behandelt hij de stelling dat een duurovereenkomst steeds voor eenzijdige beëindiging vatbaar zou zijn. De reden hiervoor wordt afgeleid van de 'natuur' van een duurovereenkomst. Dit noemt Hijmans een *petitio principii* (blz. 105) omdat men dan toch eerst die natuur zelf moet kunnen vaststellen.

Met deze verwerping door Hijmans van den Bergh van de argumenten ter verdediging van de stelling dat er een wezenlijk onderscheid bestaat tussen 'overeenkomsten waarbij de tijdsduur een essentiële is' en 'voorbijgaande overeenkomsten' kan ik mij verenigen. Wat is het verschil tussen de overeenkomst die mij het recht geeft op levering van 12 opeenvolgende nummers van een weekblad eenzijds en de overeenkomst die mij gedurende 12 weken recht geeft op levering van het telkens meest recente nummer van dat weekblad anderzijds? Het gaat hier slechts om de techniek, waarmee de overeenkomst wordt vastgelegd

(de prestatie wordt bepaald). Toch is Hijmans wèl genegen in plaats van het begrip duurovereenkomst wèl de voorstelling 'duurzame rechtsbetrekking' te accepteren. Deze voorstelling kan goede diensten bewijzen als 'de min of meer langdurig in stand blijvende rechtsbetrekking' (blz. 108). Of er inderdaad geen enkel wezenlijk onderscheid valt te ontdekken, kan mijns inziens het beste worden nagegaan als we eerst wat nader stilstaan bij het genoemde onderscheidende kenmerk: het al dan niet essentiële van de tijd(sduur).

Het begrip tijd heeft verschillende aspecten. Het meest belangrijk zijn die welke aangegeven kunnen worden met de woorden: tijdstip en tijdsverloop. Beide aspecten kunnen worden bepaald met een officiële tijdschaal (bijv. (kalender)eenheden als dagen, weken, jaren). Het is echter niet noodzakelijk dat de tijdsbepaling voor wat betreft een van beide aspecten aan de hand van de officiële tijdschaal plaatsvindt. Deze bepaling kan ook geschieden aan de hand van bepaalde gebeurtenissen of verschijnselen die niet voor de officiële tijdschaal relevant zijn, maar die toch duidelijk een tijdstip aangeven (en eventueel daarmee het begin of einde van een tijdsverloop markeren). Bijvoorbeeld: het tijdstip waarop de eerste nachtvorst intreedt; het tijdstip waarop de trein Apeldoorn-Zutphen de brug over het Apeldoorn Dierenskanaal bereikt, het tijdsverloop tussen het eerste en het tweede fluitsignaal van de scheidsrechter, het tijdsverloop dat Johan nodig heeft om het gymnasium met succes te doorlopen, het tijdstip waarop Aristos kampioen geworden zal zijn, het tijdstip waarop ik door mij behandelend geneesheer hersteld wordt verklaard, etc.

In beginsel speelt de tijd bij iedere overeenkomst (om mij maar tot deze soort rechtshandeling te beperken) een rol. Er zal een tijdstip te bepalen zijn waarop wilsovereenstemming tot stand komt of geacht moet worden tot stand gekomen te zijn. Er zal in de meeste gevallen enige tijdsduur verlopen tussen het moment waarop de overeenkomst is gesloten en het moment waarop de uitvoering van de overeenkomst wordt begonnen en waarop die wordt voltooid. Bijvoorbeeld ik bestel op zaterdag een wasmachine, welke op donderdag daaropvolgend wordt geleverd. De aflevering en installering begint donderdag om 15.15 uur en eindigt om 15.45 uur. Op maandagmiddag kom ik met de juwelier overeen dat hij mijn Zaanse klok zal repareren. De juwelier begint met die reparatie (pas) twee weken later en heeft daarvoor drie uren nodig.

Ten aanzien van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis(sen) kan een tijdsbepaling op drie wijzen een rol spelen.

In de eerste plaats kan een tijdsbepaling worden gemaakt die de opeisbaarheid en/of de aflosbaarheid van de verbintenis opschort[41] of hiervoor een fatale termijn stelt. Bijvoorbeeld: betaling dient 10 dagen na aflevering te geschieden; aflevering van de klok zal vóór 1 januari dienen plaats te vinden. De schuldenaar mag dus na de aflevering enige dagen wachten met betaling en de leverancier van de klok zal, als hij niet vóór 1 januari geleverd heeft, automatisch in gebreke zijn.

In de tweede plaats kan de tijdsbepaling het wezen van de prestatie bepalen[42] (zonder inachtneming van deze tijdsbepaling kan de prestatie niet, of niet-volledig, worden verricht). Hier is weer een onderverdeling te maken, al naar gelang met tijdsbepaling een of meerder tijdstippen worden bedoeld of (alleen) de tijdsduur. Hoffman-Van Opstall onderscheidt (blz. 409) tijd(stip) bepaling ten aanzien van verbintenissen die tot voort-

urende prestaties verplichten en verbintenissen die dat niet doen. Wezenlijk onderscheid bestaat er mijns inziens niet. Het enige verschil bestaat hierin dat bij de eerste soort verbintenissen een tijdstipbepaling ten aanzien van het begin en/of het einde van de prestatie kan of moet plaatsvinden, terwijl bij verbintenissen van de tweede soort meestal slechts één tijdstip kan worden bepaald. Bijvoorbeeld: de bruidstaart die op een bepaalde dag, en nog wel op een bepaald uur, moet worden geleverd en het vakantiehuiseje dat op 1 augustus ter beschikking moet worden gesteld (en wel tot 15 augustus) alsmede de verplichting van de arbeider te komen werken van 8.00 uur 's morgens tot 17.00 uur 's middags. Hiervan onderscheidt zich het (door Hoffman-Van Opstall niet genoemde) geval dat de tijdsduurbepaling het wezen van de prestatie bepaalt. Bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van bepaalde woonruimte gedurende een x aantal maanden, het verplicht zijn gebruik van merk en huisstijl door een ander gedurende een zekere tijd te dulden, het overnemen van risico's (verzekeren)[43].

Ten aanzien van al deze tijdsbepalingen (tijdstip en tijdsduur) kan men zich afvragen of aangenomen moet worden dat zij in het voordeel van de schuldenaar zijn gemaakt, tenzij uit de aard van de verbintenis of uit de omstandigheden het tegendeel blijkt (art. 1306 BW). Ten aanzien van tijdsbepaling in de zin van tijdsduur is dit niet erg waarschijnlijk (en daarom zal er bij Hofman-Van Opstall over gezweven zijn). Art. 1306 BW maakt deel uit van de zesde afdeling van titel I van Boek 4, welke op één lijn staat met de vijfde afdeling in die titel, handelend over 'voorwaardelijke verbintenissen'. Het onderscheid tussen voorwaarde en tijdsbepaling is vooral gelegen in het feit dat een voorwaarde ziet op een toekomstige gebeurtenis, waarvan partijen de voorstelling hebben dat het niet zeker is dat die gebeurtenis zal plaatsvinden (*incertus an*)[44] terwijl een tijdsbepaling ziet op een tijdstip of tijdsverloop dat - naar partijen zich voorstellen - zeker zal plaatshebben; al weet men eventueel nog niet wanneer (*certus an, incertus quando*). Voor wat betreft de tijdsduurbepaling is toepasselijkheid van de zesde afdeling niet erg aannemelijk (hoewel op zichzelf een toepassing niet onmogelijk zou zijn). Dit komt in het NBW nog duidelijker tot uiting, alwaar art. 6.1.6.9 bepaalt dat, indien geen tijd voor de nakoming is bepaald, de verbintenis terstond kan worden nagekomen en terstond nakoming kan worden gevorderd. Hier is duidelijk alleen nog tijdsbepaling ten aanzien van één of meerdere tijdstippen bedoeld.

Toch levert de tijdsduurbepaling, welke het wezen van de prestatie bepaalt, wel iets bijzonders op. Een zodanige tijdsbepaling is alleen per definitie mogelijk bij bepaalde soorten prestaties, namelijk de voortdurende (de prestaties bestaande uit het volhouden door de schuldenaar van een zeker gedrag over een zeker tijdsverloop). Het bijzondere is gelegen in het feit dat een tijdsverloop in beginsel te verdelen is in een verleden en toekomstig deel, en dus de overeenkomst wat haar aard betreft opzegbaar kan zijn (voor opzegging vatbaar zijn). Bijvoorbeeld: de verplichting gedurende zekere tijd te werken of zich voor arbeid ter beschikking te houden kan tussentijds worden verdeeld in een verleden deel en een toekomstig deel. Opzegging is dan voor wat betreft de aard van de prestatie mogelijk, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de prestatie die bestaat uit de aflevering van een auto[45].

Begrip opzegging en duurovereenkomst

In de derde plaats kan de tijdsduurbepaling een rol spelen ten aanzien van de hoeveelheid verbintenissen, die partijen overeenkomen. Partijen kunnen overeenkomen dat A tien auto's zal leveren of dat B mij 52 achtereenvolgende nummers van een weekblad zal leveren. Partijen kunnen het aantal verbintenissen ook aan de hand van een tijdsduur bepalen en soms zal dat zelfs de enige praktisch haalbare methode vormen. Bijvoorbeeld: B zal mij gedurende een jaar telkenmale het meest recente nummer van een weekblad leveren; C zal gedurende een zekere periode elke maand mijn kantoomachines inspecteren en zo nodig repareren; D zal gedurende het komende kalenderjaar wekelijks tenminste 10 000 liter benzine van E afnemen; een taxichauffeur zal een patient gedurende een periode van 20 dagen om de andere dag naar ziekenhuis Y vervoeren en terug. In een aantal gevallen zal het moeilijk zijn uit te maken of er sprake is van een overeenkomst, waarbij de tijdsduur de omvang van de voortdurende prestatie bepaalt of dat de tijdsduur het aantal voortdurende prestaties bepaalt. Het huren van een woning heeft betrekking op een voortdurende prestatie. Deze is echter in de rechtsbetrekking tussen huurder en verhuurde 'opgedeeld' in wekelijkse of maandelijkse 'termijnen'. Een verzekeringsovereenkomst betreft meestal jaartermijnen, welke een grote mate van zelfstandigheid bezitten. Ook een arbeidsovereenkomst is te beschouwen als een overeenkomst die de rechtsplicht in het leven roept dagelijks (d.w.z. meestal alleen op de algemeen als 'werkdagen' geldende dagen) op het werk te verschijnen en gedurende de overeengekomen werktijd zijn arbeidskracht ter beschikking te houden.

Overeenkomsten welke een aantal verbintenissen in het leven roepen zijn daardoor voor opzegging vatbaar, indien de verbintenissen zodanig in de tijd zijn gerangschikt dat zij op tenminste enig moment zijn te verdelen in een (zelfstandig) verleden en toekomstig deel. Bijvoorbeeld: de successievelijke levering van tien auto's. Deze overeenkomst kan op negen verschillende wijzen verdeeld worden in een verleden deel, bevattende de verbintenissen tot levering en acceptatie van X auto's en een toekomstig deel bestaande uit hetzelfde ten aanzien van (10-X) auto's. Het bijzondere van overeenkomsten, welke het aantal verbintenissen aan de hand van een tijdsduur bepalen, is dat die verbintenissen per definitie zo zijn gerangschikt dat zij in beginsel op elk moment, maar in ieder geval op enig moment, zijn te verdelen in een zelfstandig verleden en toekomstig deel. Dit betekent dat deze overeenkomsten naar hun aard voor opzegging vatbaar zijn (in de zin van: opzegbaar gemaakt kunnen worden).

Samengevat zou men kunnen zeggen: een tijdsduur is naar zijn aard te verdelen in een verleden en een toekomstig deel, dus verbintenissen die (voor wat betreft hun inhoud of aantal) door een tijdsduur (wezenlijk) worden bepaald, zijn dat ook. De conclusie is dat overeenkomsten, waarbij de tijdsduur een essentiale is ten aanzien van de inhoud van een verbintenis en/of de hoeveelheid van de in het leven te roepen verbintenissen naar hun aard voor opzegging vatbaar zijn (in de hierboven genoemde zin, want of zij in feite kunnen worden opgezegd hangt af van de verdere partij-afpraak, wetsbepaling, etc. (zie hoofdstuk 4)). Goed beschouwd komt dit neer op het begrip duurovereenkomst van Hoffman-Van Opstall, zoals hierboven geciteerd: de overeenkomst waaruit ofwel een voortdurende verbintenis ofwel een rechtsplicht om gedurende

zekere tijd periodiek of zo dikwijls als de schuldeiser daartoe de wens te kennen geeft, een zekere prestatie te verrichten. Het tweede 'ofwel' heeft betrekking op bepaling van het aantal verbintenissen aan de hand van de tijdsduur.

Deze formulering geeft de gelegenheid op deze kwestie nog wat dieper in te gaan. In de kern gaat het erom of bij de overeenkomst de hoeveelheid van de verbintenissen die zullen (gaan) ontstaan wordt bepaald aan de hand van een bepaalde tijdsduur. De meest eenvoudige vorm waarin dat kan geschieden is de afspraak dat periodiek (na elk vast tijdsinterval) een prestatie verplicht wordt. Bijvoorbeeld het elke week moeten schoonmaken van een kantoor. Het kan echter ook op een meer ingewikkelde manier (die wellicht beter aan de behoefte van partijen tegemoetkomt). Hofmann-Van Opstall noemt het geval dat de rechtsplicht ontstaat gedurende die bepaalde periode, zodra de schuldeiser daartoe de wens te kennen geeft (verplichting voor een bewoner van een monument (molen, stadspoort) krachtens een overeenkomst met de gemeente om bezoekers op hun verzoek toe te laten en rond te leiden; verplichting voor een huisarts krachtens een met een werkgever gesloten overeenkomst medische hulp te verlenen aan bepaalde werknemers op hun verzoek), of zodra zich een bepaald feit voordoet (bijvoorbeeld, verplichting logies te verschaffen aan militairen, zodra er een mobilisatieoefening wordt gehouden; de verplichting overtocht van verkeer over een akker te dulden zodra de normale weg naar een bij de rivier gelegen steenfabriek door hoog water of overheidsmaatregelen onbegaanbaar of ontoegankelijk is geworden; de verplichting dagelijks een waterpomptation te controleren, zodra de luchttemperatuur beneden nul graden Celsius komt). De rol van de tijdsbepaling is een essentiële, maar daarnaast is er nog een tweede criterium nodig om het schema van ontstaan van verplichtingen gedurende die periode in te vullen. Het lijkt mij dat de twee criteria, welke door Hofmann-Van Opstall worden genoemd (periodiek, 'op afroep') de meest voorkomende zullen zijn. De duurovereenkomsten 'op afroep' komen in de praktijk vaker voor dan het op het eerste gezicht lijkt. Men denke aan het spaarcontract,[46] de overeenkomst 'waarbij iemand bij een betalingsinstelling een rekening opent', [47] collectieve verzekeringscontracten, [48] pauschal-verzekeringscontracten,[49] leverantieovereenkomsten, onderhouds- en servicecontracten, vervoersabbonnementen, 'tien-rittenkaart'.

Het kan ook zijn dat de eigenlijke overeenkomst pas bij de afroep ontstaat. Dat is met name het geval wanneer de wederpartij niet verplicht is aan de wens van de 'afroepende' partij gevolg te geven. In ons land is met een groot aantal mensen een zogenaamde 'afroeparbeids-overeenkomst' gesloten, met name met mensen die in geval dat de werkgever moeilijk komt te zitten (piekbelasting, ziekte, verloop) kunnen bijspringen. Vaak zijn zij niet verplicht aan de oproep van de werkgever gevolg te geven[50]. Ook zal een leverantie-contract soms niet meer inhouden dan een bevoegdheid om bij een leverancier rechtstreeks, al of niet op speciale formulieren, een bestelling te plaatsen, welke door de leverancier kan worden geweigerd. Voor zover er sprake is van een bindende overeenkomst moet men in deze gevallen spreken van kader- of raamcontracten. Zij doen niets meer dan het uitzetten van een kader of het spannen van een raamwerk waarbinnen gemakkelijk, snel en/of eenvoudig contracten tot stand kunnen worden gebracht. Ook

de eerstgenoemde contracten die reeds compleet zijn en periodiek of op afroep etc. verbintenissen in het leven roepen, kunnen - mijns inziens minder juist - kader- of raamcontract genoemd worden, omdat ze een kader uitzetten voor de gemakkelijke totstandkoming van verbintenissen.

Beide 'soorten' kadercontracten zijn in beginsel voor opzegging vatbaar omdat zij overeenkomsten zijn waarbij de tijdsduur ten aanzien van de prestatiebepaling een wezenlijke rol speelt. Een probleem vormt hierbij de beantwoording van de vraag in hoeverre de wettelijke (beëindigings-) bepalingen met betrekking tot overeenkomende benoemde contracten, op deze contracten van toepassing zijn.

Concluderend stel ik vast dat er twee begrippen duurovereenkomst zijn. De duurovereenkomsten in de zin van Hofmann-Van Opstall, welke ik duurovereenkomsten in algemene zin zou willen noemen. Bij deze overeenkomsten vormt de tijdsduur een essentieel element ten aanzien van de prestatie bepaling (qua omvang en/of qua hoeveelheid). Daarnaast is er de duurovereenkomst in bijzondere zin welke uit een in de tijd volgehouden toestemming bestaat. Het eerstgenoemde begrip duurovereenkomst overlapt het tweede.

Duurovereenkomst voor bepaalde/onbepaalde tijd

Het mag algemeen bekend worden verondersteld dat duurovereenkomsten (in algemene zin) kunnen worden aangegaan voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. Wat moeten we onder die begrippen verstaan? In de wetgeving en jurisprudentie is hieromtrent slechts een onduidelijk beeld te verkrijgen, zoals we hieronder zullen zien. In beginsel moeten we aannemen dat de begrippen bepaalde en onbepaalde tijd elkaars complement vormen. Wat niet bepaald is, is daarom onbepaald. Bepaling van een tijdsduur houdt bij de duurovereenkomst in algemene zin in dat de prestatie of prestaties verschuldigd wordt (worden) en blijft (blijven) worden zolang de bepaalde tijdsduur duurt en daarna niet meer. Met deze wat knullig aandoende zin wordt aangegeven dat het begrip bepaalde tijd twee aspecten bezit: namelijk die van minimumduur (de overeenkomst kan vóór het verstrijken van die duur géén einde vinden) en die van maximumduur (de overeenkomst wordt na het verstrijken van die duur van rechtswege beëindigd). Normaliter zal men beide aspecten te zamen begrijpen bij het gebruik van de term bepaalde tijd. In enkele gevallen is dit echter niet zo, en dan zal men om verwarring te voorkomen, moeten aangeven welk aspect men bedoelt.

Het maximumduur aspect is voor sommige schrijvers aanleiding geweest de bepaling van een zekere tijdsduur op te vatten als een ontbindende tijdsbepaling[51]. Door Hofmann-Van Opstall wordt er terecht op gewezen dat deze voorstelling onjuist is, aangezien tijdsbepaling niets anders doet dan het vaststellen van de grens van de prestatieplicht[52]. De ontstane verbintenis(sen) gaat/gaan in het normale geval dan ook niet teniet door ontbinding, maar door nakoming.

Zou door het verstrijken op zich zelf van de bepaalde duur[53] de overeenkomst niet beëindigd worden (de prestatieplicht niet worden afgegrendsd) dan is er blijkbaar geen sprake van een maximumduur. Wil men toch van een bepaalde tijd spreken, dan blijft alleen het andere aspect over: de tijdsbepaling is dan blijkbaar (alleen) als minimumduur bedoeld.

Het is interessant de wettelijke regeling van een aantal benoemde contracten eens na te gaan op de invulling van het begrip bepaalde/onbepaalde tijd. Als eerste de regeling van de maatschap[54]. De term bepaalde tijd wordt hier gebruikt in de betekenis van: tijdsduur bepaald aan de hand van een officiële tijdschaal. Een (gezien de gebrekkige systematiek van het BW weliswaar niet al te sterke) aanwijzing hiervoor is al te vinden in de omstandigheid dat in art. 1683 de volbrenging der handeling, die het onderwerp der maatschap uitmaakt, apart staat genoemd naast het verloop van de tijd waarvoor de overeenkomst is aangegaan. Bepaalde tijd betekent dat van het begin af aan het einde op een bepaalde datum moet kunnen worden vastgesteld. Aangenomen moet worden dat dit de heersende mening is van de wetgever en in de literatuur. Men zie Kamphuisens wethistorische en systematische argumenten[55]. Aldus ook de opsteller van het NBW[56]. Hier kwam nog bij dat men vroeger art. 1686 van dwingendrechtelijke aard achtte, hetgeen inhield dat partijen bij een overeenkomst die niet voor bepaalde tijd (op de officiële tijdschaal) was aangegaan, een opzeggingsbevoegdheid niet konden uitsluiten[57]. Op zichzelf ontstaat dan een geheel dat sluitend is vanuit de (Romeinsrechtelijke) optiek dat geen maatschap voor eeuwig mocht worden aangegaan (1.70 D. 17,2: *nulla societas in aeternum coïto est*). In deze zin oordeelde de Hoge Raad op 13 december 1861, W 2342, waarbij gewezen werd op de omstandigheid dat het voorschrift van art. 1686 (opgevat als bevoegdheidsverlening, JS) in de eerste plaats gegrond is op het bijzonder belang der vennoten, en bovendien op het algemeen maatschappelijk belang. Men zie nader de conclusie van de P.-G. Berger bij HR 7 maart 1941, NJ 1941, 738, met uitgebreide literatuuropgave.

De rechtspraktijk kwam echter met deze visie op gespannen voet te staan blijkens het feit dat men herhaaldelijk met de vraag werd gekonfronteerd of partijen nu echt niet de opzegbevoegdheid gedurende een bepaalde tijd, niet bepaald aan de hand van de officiële tijdschaal, konden uitsluiten. Een belangrijk onderzoek naar het antwoord op die vraag is ingesteld door Déking Dura[58]. Volgens hem gold ook in het Romeins recht dat het bepalen van een bepaalde tijd (aan de hand van de officiële tijdschaal, JS) slechts één van de manieren was waarop partijen de opzeggingsbevoegdheid konden uitsluiten, terwijl het niet mogelijk was een opzegging wegens gegronde redenen uit te sluiten. Als men aanvaardt dat partijen inderdaad hun opzeggingsbevoegdheid kunnen uitsluiten anders dan door een overeenkomst aan te gaan voor een bepaalde tijd (bepaald aan de hand van de officiële tijdschaal) dan roept dit de mogelijkheid in het leven dat er overeenkomsten zijn die niet voor bepaalde tijd (bepaald aan de hand van de tijdschaal) en derhalve niet voor tussentijdse beëindiging vatbaar zijn aangezien art. 1684 niet van toepassing is en partijen van art. 1686 juist zijn afgeweken. In 1941 besliste de HR (7 maart 1941, NJ 1941, 738) dat partijen bij het aangaan van een maatschapovereenkomst ook zonder het bestaan der maatschap aan een bepaalde tijd (bepaald aan de hand van de officiële tijdschaal, JS) te binden, de wijze van beëindiging door de enkele wil van een vennoot kunnen uitsluiten. Het gevaar dat nu geen (enkele) tussentijdse beëindiging meer mogelijk is onderkent de HR nadrukkelijk, overwegende: 'dat bij een zodanige overeenkomst geenszins een voorziening ontbreekt ter vermindering van het euvel, dat vennoten ook bij voortdurende tweedracht en twist bijeen zouden moeten blijven'.

Begrip opzegging en duurovereenkomst

Deze voorziening is gelegen in art. 1684, omdat een uitleg van dit artikel naar zijn strekking meebrengt, dat de gelegenheid tot ontbinding om wettige reden, bij dat artikel bijzonderlijk geboden voor het geval de maatschap voor een bepaalde tijd (bepaald aan de hand van officiële tijdschaal, JS) is aangegaan, mede moet openstaan zodra de vennoten op andere wijze zijn overeengekomen, dat de maatschap niet door de enkele opzegging kan worden beëindigd. De Hoge Raad vindt dus dat het bijzonder belang der vennoten (t.w. vermijding van het euvel van gedwongen voortzetting bij een ontstane disharmonie in de onderlinge verhoudingen) medebrengt dat rechterlijke ontbinding mogelijk is zodra (en voor zover) partijen hun opzeggingsbevoegdheid hebben beperkt.

'Bepaalde tijd' in de zin van art. 1684 houdt dus in een beperking van de opzegbevoegdheid, die volgens art. 1686 bestaat ingeval de overeenkomst niet voor bepaalde tijd is aangegaan. Deze beperking behoeft niet te geschieden door middel van een bepaling van een datumtijd. Het is merkwaardig dat in het NBW, (art. 7.13.1.12) het 'oude' begrip bepaalde tijd wordt gehandhaafd. (Op grond van HR 3 december 1948, NJ 1949, 358 staat de ontbinding ex art. 1684 BW open voor alle maatschappen, dus ook voor die welke voor onbepaalde tijd zijn aangegaan.)

Bij de eenzijdige, reële contracten, bewaargeving, bruikleen en verbruikleen ligt in de ogen van de wetgever het zwaartepunt van de uit die overeenkomsten voortkomende verbintenis op de plicht tot teruggave van het in bewaringgegeven respectievelijk te leen gegeven goed. Door het reële karakter van deze overeenkomsten komt de karakteristieke prestatie, waarom het uiteindelijk gaat wanneer men iets in bewaring geeft respectievelijk leent, te weten het bewaren, respectievelijk het mogen gebruiken, in de voorstelling van de beëindiging niet aan de orde, maar wordt slechts gelet op het rechtsgevolg van het einde van de overeenkomst: de plicht respectievelijk de bevoegdheid tot teruggave of terugvordering. De voorstelling is deze dat de overeenkomst hoofdzakelijk een plicht tot teruggave in het leven roept, die pas na een zekere tijdsduur behoeft of kan worden nagekomen. In art. 1777, 1787 en 1796 BW betekent een bepaalde tijd: een bepaalde tijdsduur, in tegenstelling tot art. 1762, 1798, 1800 en 1801 BW, alwaar een bepaald tijdstip is bedoeld. Gezien het feit dat het hier om de tijdsbepaling in een verbintenis gaat, is het niet onlogisch deze tijdsbepaling op te vatten in de zin als bedoeld in de zesde afdeling van titel I art. 1304 e.v.

Uit art. 1777 en art. 1796 anderzijds zou op te maken zijn dat de bepaalde tijd ziet op tijdsbepaling aan de hand van de officiële tijdschaal; in tegenstelling tot art. 1777 noemt art. 1796 niet naast de tijdsduurbepaling de omstandigheid dat degene, die de zaak ontvangt, daarvan gebruik heeft gemaakt[59]. De Hoge Raad is een andere mening toegedaan. In 1927[60] werd principieel overwogen dat het Hof 'als bewezen aannemende dat de beweerde geldlening was tot stand gekomen, daaruit terecht heeft afgeleid, dat het geleende bedrag door de lener op de vordering van de uitlener moest worden terugbetaald, nu de lener niet bewees dat tussen hem en de uitlener iets was overeengekomen omtrent een later tijdstip waarop of omstandigheden en voorwaarden waaronder het geleende slechts zou kunnen worden teruggevorderd'. Uit deze overweging volgt de - mijns inziens op zichzelf zeer voor de hand liggende - conclusie dat art. 1796 aan de terugvordering niet

Begrip opzegging en duurovereenkomst

meer belemmeringen in de weg legt dan partijen zelf hebben opgeworpen. De tijdsbepaling in art. 1796 kan dus evengoed bepaalbaar zijn aan de hand van omstandigheden en/of voorwaarden. Zo kan men dus overeenkomen dat de hoofdsom en rente van een geldlening opeisbaar worden bij het overlijden van de erflater[61]. Zie ook de bepaling in een geldleningsovereenkomst dat deze voor tien jaar wordt aangegaan, met dien verstande dat de geldsom tussentijds opeisbaar is bij verandering in de directie van de lener. Indien de verandering zich dan inderdaad voordoet, kan de uitlener terugvorderen, ondanks het feit dat de tien jaren niet verstreken zijn (Hof 's-Gravenhage 11 februari 1929, NJ 1929, 951).

De tijdsbepaling kan eveneens in de vorm van een minimumduur en/of een maximumduur gegoten worden. Voorbeeld van een minimumduur is de bepaling dat de hoofdsom na één jaar opvorderbaar zal zijn en daarna te allen tijde, mits de schuldenaar een maand tevoren schriftelijk zij kennis gegeven. Na ommekomst van bedoeld jaar is de overeenkomst er een geworden zonder tijdsbepaling (Pres. Rb Rotterdam, 1 april 1935, NJ 1935, 1429).

Of een tijdsbepaling als zodanig kan functioneren, hangt af van de vraag of deze op objectieve wijze het intreden van bedoeld(e) tijdstip(pen) vaststelbaar maakt. Rb. Amsterdam (1 april 1932, NJ 1933, blz. 1075) overwoog dat het feit dat men overeenkomt dat een obligatielening zal worden afgelost door uitloting, terwijl een uitlotingsplan niet is vastgesteld, geen overeenkomst met tijdsbepaling doet ontstaan, omdat de tijdstippen van aflossing volkomen onbepaald en onbepaalbaar zijn. Het feit dat de lener zelf zodanig uitlotingsplan krachtens de overeenkomst eenzijdig kon opstellen, deed aan de onbepaaldheid niet af. Rb Groningen (13 oktober 1933, NJ 1934, 463) achtte de geldleningsovereenkomst welke als leningsvoorwaarde onder andere bevatte de bepaling dat de lener het recht bezat ieder jaar door uitloting een gedeelte van de lening (echter ten hoogste f 10 000) af te lossen, een overeenkomst zonder tijdsbepaling, omdat de lener alleen maar het recht tot aflossing bezat, maar geen verplichting daartoe, zodat er geen enkel zicht bestond op de tijd dat de lening zou duren. Eveneens zonder tijdsbepaling werden geoordeeld de verbruikleenovereenkomsten met de verplichting terug te betalen/terug te geven 'op eerste aanmaning' (Rb Leeuwarden, 17 april 1930, NJ 1930, 1245; w, 12183); met de clause 'opzegging te allen tijde, met één maand waarschuwing' (Rb Leeuwarden, 8 december 1932, NJ 1943, 868; W 12183) en met de verplichting 'terugbetaling binnenkort' (Hof 's-Gravenhage 31 mei 1935, NJ 1935; W. 12999).

In het NBW noemt art. 7.6.5. naast elkaar: bepaald tijdstip en 'indien de zaak voor een bepaald doel in bruikleen is gegeven en het bepaalde gebruik heeft plaatsgehad'. In art. 7.2.1.3 wordt alleen gerept over 'een tijdstip dat voor de terugbetaling is overeengekomen'. Deze formulering lijkt enigszins op die uit het arrest van de HR van 10 juni 1927, NJ 1927, 1049, maar het valt op dat de 'omstandigheden en voorwaarden' ontbreken. Erg duidelijk is het dus niet; aangenomen zal moeten worden dat de opstellers niet van de geldende jurisprudentie hebben willen afwijken, nu een motivering verder ontbreekt.

In art. 1584 BW, bevattende de definitie van de overeenkomst van huur en verhuur, betekent de term 'gedurende eenen bepaalden tijd' niet meer dan 'niet eeuwig'. Zij dienen slechts om het tijdelijk karakter van huur te doen uitkomen, ten opzichte van de ongewenste 'bail perpétuel'.

Begrip opzegging en duurovereenkomst

(HR 26 april 1928, NJ 1928, 939). Volgens art. 1606 BW eindigt huur bij geschrift aangegaan van rechtswege wanneer de bepaalde tijd is verstreken. Is die huur mondeling aangegaan dan eindigt de huur niet van rechtswege op de bepaalde tijd, aldus art. 1607 BW. Deze laatste bepaalde tijd is dus 'per definitie' geen normale tijdsbepaling. Zie over deze merkwaardige bepalingen de verklaring van Meijers in zijn noot onder HR 9 mei 1947, NJ 1948, 448, door mij besproken in nr. 4.5.2.

In de regeling van huur van woonruimte en huur van bedrijfsruimte betekent bepaalde tijd nagenoeg altijd: minimum tijdsduur. Vgl. 1623b lid 2, art. 1623d respectievelijk art. 1625, 1626 en 1631 BW.

Een pachtovereenkomst moet worden aangegaan voor een bepaalde tijd. Deze bepaalde tijd is voor een hoeve twaalf jaren en voor los land zes jaren (art. 12 Pachtwet). De term bepaalde tijd wordt hier gebruikt in een geheel eigen betekenis[62]. Het betekent dat er een bepaalde datum van beëindiging[63] moet zijn vastgesteld. Het gaat dus om een moment op de tijdschaal. Deze eis is vastgelegd in art. 12 zelf: impliciet in de formule 12 respectievelijk 6 jaren, en expliciet in de leden 2 en 3 voor de langere en kortere duur. Het gaat erom dat de pachter van te voren weet op welke tijdsduur hij kan rekenen: slechts een vaste tijdsduur verschaft hem zodanig zekerheid dat hij met een gerust hart in de grond kan investeren. Het draait om de opbrengst van de grond. Dit relativiseert het vaste-datum begrip in zoverre dat het erom gaat dat de pachter een vast aantal oogstjaren heeft. De pacht duurt daarom voort tot het moment dat de oogst in het laatste jaar is binnengehaald. Als partijen dus niet een preciese datum hebben afgesproken, brengt het bepaald zijn van het aantal (oogst-)jaren mee dat voor beide partijen het moment van verstrijken van de pachtduur toch van te voren vaststaat. Hier komt bij dat algemeen aangenomen wordt dat art. 1375 BW medebrengt dat het einde van het laatste oogstjaar door het plaatselijk gebruik wordt bepaald (als partijen niet zijn afgeweken)[64]. Het (kunnen) binnenhalen van de oogst in een bepaald jaar is blijkbaar voldoende bepaald om van een bepaalde datum te kunnen spreken. Het gaat hier om een moment gerelateerd aan de tijdschaal en niet om een bepaald aantal tijdseenheden[65]. Het spreken van de eis dat de duur in tijdseenheden moet zijn uitgedrukt, zoals de C.G. 9 juni 1952, P. 1952, 1406, NJ 1952, 600 doet, is enigszins verwarringsstichtend omdat het niet om tijdseenheden gaat, maar om landbouwtechnische eenheden. Met deze uitspraak gaf de Centrale Grondkamer een ommekeer aan de rechtsontwikkeling, die tot dan toe had bestaan (onder het oude Pachtbesluit, art. 10) uit een betekenisstockenning aan bepaalde tijd als een tijdsduur welke onafhankelijkheid van de wil van partijen verstrijkt[66]. Deze ommekeer is in art. 12 van de Pachtwet duidelijk vastgelegd[67]. Nu geldt dus: certus an, certus quando. Een pachtovereenkomst aangegaan voor het leven is dus niet een overeenkomst voor bepaalde tijd. 'Waar de pachtovereenkomst een ontbindende voorwaarde bevat, waardoor de duur van de overeenkomst onbepaald wordt, heeft de grondkamer de desbetreffende bepaling terecht geschrapt' (C.G. 30 december 1963, P. 1963, 9450).

Een overeenkomst welke niet een overeenkomst voor bepaalde tijd genoemd kan worden, wordt daardoor er een voor onbepaalde tijd. Gezien de zeer beperkte speciale uitleg die aan het begrip bepaalde tijd

Begrip opzegging en duurovereenkomst

wordt gegeven in het pachtrecht, is het logisch dat ook voor het begrip onbepaalde tijd een bijzondere inhoud geldt. Een overeenkomst gesloten voor de tijdsduur, welke afloopt twee jaren na het overlijden van de verpachter, is gesloten voor onbepaalde tijd (Gk. Limburg 6 juli 1959 P. 1960, 2087). Het is in deze optiek vanzelfsprekend dat een overeenkomst, welke te allen tijde door een van partijen beëindigd kan worden, geacht wordt voor onbepaalde tijd te zijn (vgl. Pk. Hof Arnhem, 14 maart 1960, P. 1960, 2117). Minder duidelijk ligt het in enkele bijzondere gevallen. Een overeenkomst, die wordt aangegaan voor één maand met de clausule dat zij stilzwijgend, telkens, met een maximumtijdsduur van twee jaar, voor één maand verlengd wordt indien niet een der partijen verklaart geen verlenging te wensen, wordt in de jurisprudentie aangemerkt als te zijn voor bepaalde tijd[68]. Houwing wijst erop dat op deze wijze een overeenkomst wordt gesloten voor onbepaalde tijd met de mogelijkheid van opzegging[69]. Als zodanig is deze constructie in strijd met de wet[70]. Het standpunt van de C.G. en de Pk. Hof Arnhem is daarom ook zo merkwaardig, omdat overeenkomsten van jaar tot jaar door deze colleges wel als overeenkomsten voor onbepaalde tijd worden beschouwd. (Bijv.: C.G. 12 november 1973, P. 1974, 3184; Pk. Hof Arnhem 13 maart 1967, P. 1967, 2722). Een uitzondering wordt gemaakt voor die gevallen waarin op ondubbelzinnige wijze (telkens) na het einde van een overeenkomst een nieuwe overeenkomst wordt aangegaan, C.G. 26 juli 1954, P. 1958, 1898.

De Gk. Limburg meende (6 juli 1959, P. 1960, 2087) dat art. 12 zich niet verzet tegen het sluiten van een aantal overeenkomsten voor bepaalde duur, van welke overeenkomsten het bestaan zelf afhankelijk is van het al of niet vervuld zijn van een bepaalde voorwaarde op een ander tijdstip, (i.c. het nog in leven zijn van de verpachter). Aldus werd goedkeuring verleend voor het aangaan van 9 overeenkomsten voor respectievelijk 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 en 11 jaren, ingaande op 1 mei 1959, welke slechts tot stand komen als de verpachter respectievelijk op 1 mei 1960, 1 mei 1961 enzovoort nog in leven is. In de eerste plaats zou men hiervan moeten zeggen dat deze constructie zo gekunsteld is en zo toegesneden op een door de wet verboden resultaat, dat deze in strijd is met de wet (fraus legis). Maar afgezien daarvan dwingt een nuchtere kijk op de zaak tot het oordeel, dat wat partijen nu precies willen is een gebondenheid jegens elkaar voor een zodanig lange tijdsduur als de verpachter in leven is met een maximum van 11 jaar. De overeenkomsten staan met elkaar in verband, en wel zodanig dat gedurende de eerste tijd niet duidelijk is welke overeenkomst geldt. Dat er geen meerdere overeenkomsten tegelijk aan dezelfde relatie ten grondslag kunnen liggen is terecht het standpunt van de Pk. Hof Arnhem[71]. Daarom wijs ik ook de oplossing van Van Andel af, die in gevallen waar er eigenlijk grote behoefte bestaat aan een overeenkomst voor onbepaalde tijd, zij het in ieder geval van korte duur, voorstelt een overeenkomst aan te gaan voor één maand met een pactum de contrahendo voor de volgende maand (tot een bepaald maximum)[72]. Deze oplossing is daarom al af te wijzen omdat deze, net als in het vorige geval, de uiterlijke vorm (het papiertje) met de overeenkomst zelf verwart en bovendien uit het oog verliest dat er een gewild verband tussen al die te sluiten overeenkomsten bestaat. Dat al deze overeenkomsten apart goedgekeurd moeten worden, doet hieraan niet af. Toetsing door een grondkamer zou volgens

mij het bestaande verband tussen de oude en nieuwe overeenkomst door het mede goed te keuren pactum de contrahendo aan het licht moeten brengen. (Hier dient m.i. te geschieden in de tijd wat in art. 58 lid 4 Pachtwet voor de ruimte wordt voorgeschreven).

Een aparte bespreking behoeft nog het begrip 'onbepaalde tijd' in art. 9 lid 1 Pachtwet[73]. Het is natuurlijk zo dat de overeenkomst in het geheel niet voor onbepaalde tijd geldt, maar in ieder geval geldt voor de tijd zolang nog niet is voldaan aan het bepaalde in art. 8 lid 1. Dit wil zeggen dat de overeenkomst geldt als voor bepaalde tijd (t.w. een minimumtijd) in de zin van certus an, incertus quando. (Certus an, gezien vanuit de nalatige partijen.) Nu ook voor de wetgever het tijdstip van voldoening niet op de tijdschaal vastligt of bepaalbaar is, is het terecht dat hier niet de term: bepaalde tijd gebruikt wordt, want in de Pachtwet heeft dat begrip een bijzondere betekenis (zoals we zagen). Het gebruik van de term 'onbepaalde tijd' doet echter wat vreemd aan, en dient alleen om het mogelijk of inzichtelijk te maken dat deze tijdsduur nog een bij de wettelijke duur wordt opgeteld. Hiervoor kan het woordje 'onbepaalde tijd' mijns inziens best gemist worden.

Arbeidsovereenkomst. Het BW van 1838 bevatte ten aanzien van de huur en verhuur van diensten de bepaling dat men zijne diensten slechts voor 'eene tijd' of een bepaalde onderneming kon verbinden (art. 1637). Deze nevenschikking wijst erop dat onder (bepaalde) tijd slechts de bepaling in tijdseenheden wordt bedoeld. Het toenmalige art. 1639 bevatte de bepaling dat dienst- en werkboden, die voor een bepaalde tijd waren gehuurd, hun dienst niet zonder wettige redenen mochten verlaten. Volgens Levenbach[74] betrof het hier vooral huispersoneel en boerenknechten, die veelal per jaar werden aangenomen. Dit zou eveneens wijzen op het feit dat men slechts aan bepaling in tijdseenheden zou hebben gedacht. Dit is echter niet het geval. In de MvT bij het ontwerp van een Wet op de Arbeidsovereenkomst (Wet van 13 juli 1907, Stb. 193) wordt het vanzelfsprekend genoemd, en daarom overbodig in de wet nader te omschrijven, dat 'huur en verhuring van diensten tot een bepaald einde, of voor een bepaalde onderneming, wordt gerekend te duren tot zolang dit einde is bereikt of deze onderneming is afgelopen'[75]. Aldus oordeelde ook de literatuur in die tijd[76]. Afwijkende jurisprudentie kwam echter wel voor[77].

Vershil van mening bestond er in de literatuur omtrent het antwoord op de vraag of de overeenkomst na het verstrijken van de bepaalde tijd van rechtswege (zonder opzegging) eindigde[78]. In de Wet op de Arbeidsmarkt, die in 1907 de arbeidsovereenkomst als zodanig alsmede een vergaande regeling daarvan in het BW invoerde, verschijnt de overeenkomst voor bepaalde tijd in art. 1639e. Door de onzekerheid met betrekking tot het oude art. 1639 en de verwarrende terminologie van de art. 1606 en 1607 (zie hierboven) wil de wetgever op de eerste plaats buiten twiifel stellen dat de overeenkomst door het verstrijken van de overeengekomen (of anderszins bepaald zijnde) tijdsduur van rechtswege eindigt [79]. Ook al zegt het gebruik dat opzegging nodig is, het staat nu buiten twiifel dat partijen een einde van rechtswege kunnen afspreken[80]. De vrijheid om, net zoals het gebruik etc. dat kan bepalen, af te spreken dat de overeenkomst op het bepaalde tijdstip niet van rechtswege eindigt, maar slechts na opzegging, laat de wetgever onverlet. Hiertoe dient het bepaalde in lid 2 van art. 1639e.

Begrip opzegging en duurovereenkomst

In art. 1639e is de wetgever uitgegaan van het rechtsgevolg van het overeenkomen van een bepaalde duur. Door alleen die rechtsgevolgen te omschrijven is het begrip bepaalde tijd in zijn beide aspecten (t.w. minimum-en maximumduur) gesplitst in art. 1639e terecht gekomen. Deze splitsing wordt vaak niet duidelijk onderkend en is ook aan de aandacht van de wetgever destijds ontsnapt. Tijdens de parlementaire behandeling drong de Tweede Kamer er op aan dat in de aanhef van lid 2 zou worden opgenomen: 'in dat geval' omdat dat de duidelijkheid zou bevorderen[81]. Geruisloos is het tweede lid toen komen te luiden: voorafgaande opzegging is (alleen)[82] in dat geval nodig (...). De tekst is nu innerlijk tegenstrijdig geworden. 'In dat geval' slaat immers terug op lid 1, dat de gevallen noemt waarin de overeenkomst van rechtswege eindigt. Volgens de letterlijke tekst van lid 2 eindigt een overeenkomst in een aantal gevallen van rechtswege door opzegging. Dat dit onzin is zal eenieder duidelijk zijn. Deze tekstuele misgreep is niet goed te praten door de voorafgaande opzegging als waarschuwing te beschouwen. Partijen kunnen op zichzelf natuurlijk afspreken dat de een de ander zal waarschuwen dat het einde van de relatie in zicht komt. Komt die partij deze verplichting niet na, dan pleegt hij hooguit wanprestatie. De overeenkomst komt desalniettemin toch tot een eind; voor het eindigen van rechtswege is de waarschuwing niet nodig, zoals lid 2 vereist[83].

Tegenover de term bepaalde tijd staat ook bij de regeling betreffende de arbeidsovereenkomst de term onbepaalde tijd. In de regeling van 1907 kwam die term vóór 1953 voor in art. 1639g: Indien de duur van een rechtsbetrekking noch bij overeenkomst of reglement, noch bij de wet of verordening, noch ook door het gebruik is aangegeven, wordt zij geacht voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan. De opsteller van het ontwerp beroept zich hiervoor op het ontwerp van 1820 en op het Zwitserse en Duitse recht[84]. Zo heel erg vanzelfsprekend achtte men deze regel dus nog niet. De regel dient ter inleiding van de tweede volzin van art. 1639g: Indien de dienstbetrekking is aangegaan voor onbepaalde tijd of tot wederopzegging, heeft ieder der partijen het recht die te doen eindigen door opzegging met inachtneming van de bepalingen der twee volgende artikelen. Het merkwaardige van deze bepaling is dat het in de eerste volzin onbepaalde tijd gebruikt als juridische kwalificatie en in de tweede volzin blijkbaar als door partijen gebezigde formulering. Een overeenkomst, die tot wederopzegging is aangegaan is juridisch te kwalificeren als een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Dit volgt al uit de eerste volzin. In de tegenwoordige tekst (d.w.z. na 1953) ontbreekt de kwalificatie van het begrip onbepaalde tijd in de regeling betreffende de arbeidsovereenkomst. Men zou nu kunnen zeggen: elke overeenkomst die niet voor bepaalde tijd is gesloten, is er daarom een voor onbepaalde tijd. Hiermee stoot men dan dadelijk op het feit dat in art. 1639e de twee aspecten van het begrip bepaalde tijd zijn gesplitst, zodat ook het begrip onbepaalde tijd een dubbelzinnig karakter krijgt.

In 1926 had de HR al ausgesproken[85] dat art. 1639e zich niet verzet tegen het aangaan van een arbeidsovereenkomst met een maximumduur, die tussentijds opzegbaar is, en evenmin dat art. 1639g dit zou doen. Men zou hebben kunnen redeneren dat een dergelijke overeenkomst onbestaanbaar zou zijn, nu het bepalen van een maximumduur de overeenkomst er voor een bepaalde tijd maakt, terwijl art. 1639g (in de tekst van vóór 1953) een opzegbevoegdheid alleen aan een overeenkomst voor

onbepaalde tijd verleent. Dat deze redenering niet klopt is gelegen in het feit dat onbepaalde tijd in 1639g (oud) alleen betrekking heeft op het minimumduur-aspect. Het standpunt van de Hoge Raad stelt dit buiten twijfel. In de literatuur is het dubbelzinnige karakter van de omschrijving van de overeenkomst voor bepaalde tijd in art. 1639e in de meeste gevallen evenmin goed onderkend. De omschrijvingen van de meeste schrijvers geven blijk van de omstandigheid dat men maar één van beide aspecten voor ogen heeft gehad. Met betrekking tot de maximumduur noemt ik Molenaar[86]. Ten aanzien van het minimumduuraspect: Kamphuisen[87], Zonderland[88], De Jong/Tonkens-Gerkema[89], Asscher-Vonk[90] en Van der Grinten[91]. Laatstgenoemde auteur onderscheidt van de overeenkomst voor bepaalde tijd de overeenkomst met een maximumduur. Het belangrijke verschil tussen beide overeenkomsten is dat die voor bepaalde duur niet tussentijds (regelmatig) kunnen worden beëindigd. Levenbach[92] ziet beide aspecten evenals De Leede[93] en meent dat de wettelijke kwalificatie bepaalde tijd en onbepaalde tijd beter vermeden kan worden, aangezien het uiteindelijk alleen maar om het rechtsgevolg gaat voorzover dit afhangt van de vraag of opzegging nodig is of niet.

In 1952[94] lijkt de Hoge Raad Levenbach's opvatting uit 1937 te volgen, wanneer, met vermindering van de term zelf, het begrip bepaalde tijd wordt omschreven als het geval waarin het eindtijdstip vooraf met stelligheid is bepaald (dus op objectief vaststelbare wijze). 'Hieraan is niet voldaan wanneer partijen weliswaar de duur der arbeidsverhouding hebben beperkt zonder nochtans te bepalen op welk concreet tijdstip die periode haar einde zal vinden, met gevolg dat alsnog een van de werkgever of werknemer uitgaande verklaring wordt vereist, strekkende tot vaststelling van den datum waarop het dienstverband zal aflopen' (subjectief criterium).

Momenteel komt de term bepaalde tijd alleen nog voor in art. 1639f, alwaar het een wat onduidelijke functie vervult; en in art. 1639m, waarin het min of meer per ongeluk is blijven staan[95], en waarin het een situatie aangeeft waarin de werkgever volgens de overeenkomst niet bevoegd is tot opzeggen (m.a.w. de betekenis van minimumduur).

Ten aanzien van de opdracht maakt het meest recent (w.o. 17 779) voorgestelde art. 7.7.1.10 lid 2 NBW onderscheid tussen overeenkomsten voor onbepaalde duur enerzijds en overeenkomsten die door volbrenging eindigen anderzijds. Met de laatstgenoemde aanduiding (door volbrenging eindigen) wordt kennelijk zowel het minimum- als het maximumduur-aspect bedoeld. De logica hiervan valt niet zonder meer in te zien. De bepaling is van aanvullend recht en beoogt, aldus de MvT (blz. 6) te vermijden dat aan de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep, dwingend een opzeggingsrecht wordt gegeven. Het feit dat de overeenkomst door volbrenging zal eindigen brengt dus in de voorstelling van de regering het vermoeden mee dat partijen een opzegbevoegdheid voor de opdrachtnemer hebben willen uitsluiten. In de Toelichting (blz. 994) werden deze overeenkomsten aangeduid als aangegaan voor een bepaald werk of voor de bereiking van een bepaald resultaat. De vraag rijst waarom thans van deze formulering is afgeweken.

Conclusie van het bovenstaande moet mijns inziens zijn dat de begrippen bepaalde en onbepaalde tijd in onze wetgeving ten aanzien van de benoemde contracten op verschillende wijze worden ingevuld. De meeste oude regelingen in het BW achten voor 'bepaalde tijd' bepaling in tijds-

Begrip opzegging en duurovereenkomst

eenheden of aan de hand van de kalender essentieel. Tegenover een eng begrip bepaalde tijd staat dan een ruim begrip onbepaalde tijd (bepaling niet in tijdseenheden, maar op andere wijze of in het geheel niet). Een andere indeling is die waarbij naast de begrippen bepaalde/onbepaalde tijd staat bepaald werk, bepaalde onderneming, bepaald doel. De rechtspraak heeft de neiging het begrip bepaalde tijd te verruimen tot elke objectieve tijdsbepaling. Alleen in het pachtrecht (hoewel recente wetgeving) is die tendens juist omgekeerd. Bij de regeling van de arbeidsovereenkomst wordt het begrip bepaalde tijd als objectieve tijdsbepaling gebruikt. Door de formulering van art. 1639e BW echter worden de twee aspecten van dat begrip uiteengenomen zonder dat hieruit de nodige consequenties worden getrokken.

Duurovereenkomst voor onbepaalde tijd en opzegging

Hierboven (op blz. 31) zagen we dat onder duurovereenkomst in algemene zin valt te verstaan een overeenkomst waarbij de tijdsduur ten aanzien van de prestatiebepaling een essentieel element vormt. Bij de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is het derhalve zo dat een essentieel element onbepaald gelaten is. De vraag rijst of dit niet in strijd komt met de constitutieve vereisten, welke art. 1356 BW voor de bestaanbaarheid van rechtens bindende overeenkomsten stelt. Het vereiste van een bepaald onderwerp houdt in dat de verbintenissen welke partijen op zich nemen bepaalbaar moeten zijn[96]. Dat wil zeggen dat volgens van te voren vaststaande criteria de vaststelling kan geschieden; de inhoud van de overeenkomst moet voldoende aanknopingspunten bieden om te bepalen voor wie zij verbintenissen schept en tot welke prestaties die verbintenissen verplichten, opdat kan worden vastgesteld wat ieder der partijen tot nakoming daarvan heeft te doen[97]. Het is mogelijk dat deze aanknopingspunten een subjectief element inhouden wanneer namelijk de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde of aan één van de partijen wordt opgedragen[98]. Hij moet hierbij de goede trouw in acht nemen, hetgeen het subjectieve element voor een belangrijk deel objectificeert.

Ten aanzien van duurovereenkomsten betekent dit dat de tijdsduur in ieder geval bepaalbaar moet zijn aan de hand van (de inhoud van) de overeenkomst. In de eerste plaats kunnen partijen die tijdsduur bepaalbaar maken door deze te koppelen aan objectieve kenmerken, bijvoorbeeld: tijdseenheden, momenten op de (officiële) tijdschaal, het intreden van bepaalde gebeurtenissen. Partijen kunnen ook bepaling van de duur overlaten aan één van hen. In dat geval zal deze die bepaling met inachtneming van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) dienen uit te voeren. Als voorbeeld kan gewezen worden op de arts, die de tijdsduur van behandeling en daarmee de omvang van de wederzijdse rechten en plichten bepaalt. De bevoegdheid van de arts vindt zijn begrenzing in de aard van de overeenkomst (t.w. gerichtheid op het bereiken van herstel van de patient) en de goede trouw. Ook in dit geval kan bepaling van de omvang plaatsvinden op grond van de inhoud van de overeenkomst. Deze wijst namelijk (stilzwijgend) de arts aan als degene die de duur nader dient te bepalen.

Hoe zit het echter als de overeenkomst niet iemand aanwijst die de nadere bepaling kan en/of dient te verrichten en ook overigens geen aan-

Begrip opzegging en duurovereenkomst

knopingspunt voor vaststelling bevat? Men zou dan moeten zeggen dat naar de huidige rechtsopvatting de verplichtingen niet van het begin af aan bepaalbaar zijn. Het argument dat dan beide partijen bevoegd zijn de tijdsduur nader te bepalen kan geen hout snijden alleen al niet op grond van het feit dat er geen uitweg staat aangegeven voor het (zeer waarschijnlijke) geval dat partijen een verschillende nadere bepaling vaststellen[99]. In dat geval is niet duidelijk wat ieder der partijen tot nakoming van de overeenkomst heeft te doen.

Ik kan niet anders dan concluderen dat duurovereenkomsten welke geen objectieve kenmerken (waaronder het subjectieve element van vaststellingsbevoegdheid van een van partijen begrepen) bevatten aan de hand waarvan de tijdsduur kan worden vastgesteld, wegens gebrek aan een voldoende bepaald onderwerp geen rechtens bindende overeenkomsten zijn, behalve één uitzondering. Het gaat er uiteindelijk om of het voor ieder der partijen duidelijk is wat zij tot nakoming van de overeenkomst heeft te doen. Het is daarom van belang na te gaan of er niet een situatie denkbaar is waarin ondanks het feit dat de prestatieplicht niet bepaald of onbepaalbaar is, het toch duidelijk is voor elk der partijen wat op enig moment haar verplichting is. Die situatie is mijns inziens inderdaad bestaanbaar en wel als aan twee voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden zijn:

- a. er moet op een zeker moment vaststaan dat de tijdsduur is aangevangen, maar nog niet verstreken,
- b. op dat moment moet de prestatie zelf duidelijk zijn.

ad a. Zekerheid dat de tijdsduur wel is aangevangen bestaat alleen als uit de overeenkomst het aanvangstijdstip objectief uit de overeenkomst voortvloeit of partijen het er over eens zijn dat het reeds is aangebroken (tot uiting komen bijvoorbeeld in begin van gezamenlijke uitvoering). Zekerheid omtrent het feit dat het eindtijdstip nog niet is aangebroken, terwijl dat op zichzelf niet vaststelbaar is, bestaat alleen als uit de overeenkomst is af te leiden dat partijen het erover eens zijn dat dat tijdstip in ieder geval niet nu is aangebroken, met andere woorden, als partijen het erover eens zijn dat de tijdsduur in ieder geval op dit moment nog loopt. De vorm waarin dat mogelijk is, is die waarbij de overeenkomst niet op een ondeelbaar moment tot stand wordt gebracht en in een versteende rechtsrelatie wordt vastgelegd, maar waarin zij in de tijd wordt betrokken doordat de wilsovereenstemming zelf voortdurend is. Op elk gewenst moment kan dan uit het voortduren van die overeenstemming (overeenkomst) worden afgeleid dat partijen het eindtijdstip in ieder geval op dat moment nog niet gekomen achten. Dat een zodanige overeenkomst mogelijk is, heb ik hierboven trachten aan te tonen.

ad b. Op elk gewenst moment moet duidelijk zijn wat elk van partijen tot nakoming van de overeenkomst heeft te doen. Als dit op elk gewenst moment van een onzekere tijdsduur duidelijk moet zijn, dan kan dat alleen als de te leveren prestatie of prestaties bepaald worden aan de hand van of door het tijdsverloop. In het hier aan de orde zijnde geval vormt dit geen probleem, aangezien het uitgangspunt een duurovereenkomst in algemene zin voor onbepaalde tijd betrof. Bij deze overeenkomsten is de tijdsduur een essentiale van de bepaling van de prestatieplicht.

Begrip opzegging en duurovereenkomst

Enkele voorbeelden:

'A komt met B overeen dat B aan hem verhuurt' Prestatie van B (en van A) niet duidelijk.

'A komt met B overeen dat B aan hem diens garage verhuurt'. Prestatie van B eveneens onbepaald want het is op grond van deze afspraak niet duidelijk of hij op een willekeurig gekozen moment de garage ten gebruike moet (blijven) afstaan of niet.

'A huurt van B de garage voor de tijd van drie maanden, te rekenen vanaf 1 maart 1980' Prestatie B is nu precies bepaald.

'A huurt van B de garage voor de duur van de tijd dat de garage van A zal worden herbouwd'. Ook nu is precies bepaald op welke tijdstippen B de garage aan A ter beschikking dient te stellen.

'A huurt van B de garage vanaf 1 maart 1980, het eindtijdstip laten zij al of niet uitdrukkelijk onbepaald', Na 1 maart 1980 is het in beginsel niet duidelijk tot welk tijdstip B de garage aan A ter beschikking moet houden. Hij weet dan ook niet of hij de garage m.i.v. 13 december 1986 aan zijn broer kan gaan verhuren. A weet niet of hij op 13 december 1986 nakoming van de terbeschikkingstellingsplicht van B kan eisen, omdat hij niet weet of die plicht dan nog wel bestaat. Beiden weten alleen dat zij op 1 maart 1980 met de uitvoering moeten beginnen. Op 10 maart 1980 is het alleen dan duidelijk of B de garage aan A ter beschikking moet houden, als deze verplichting uit de overeenkomst voortvloeit. Dit kan alleen aangenomen worden als de wilsovereenstemming van A en B meebrengt dat het eindtijdstip van de prestatieplicht weliswaar nog niet vaststaat maar met betrekking tot de verplichting op 10 maart in ieder geval vaststaat dat partijen dat eindtijdstip op 10 maart nog niet gekomen achten. Zonder nadere overeenkomst is dat alleen duidelijk indien de wilsovereenstemming tot voortzetting op 10 maart nog bestaat. (Zoals hierboven al gesteld, mag die wilsovereenstemming verondersteld worden als geen partijen van een tegengestelde wil heeft doen blijken; heeft opgezegd). Alleen bij een in de tijd volgehouden wilsovereenstemming is het op elk moment duidelijk - zonder dat daartoe een nadere verklaring of overeenkomst nodig is - dat op dat moment de prestatieplicht van B verder ontstaat.

Een en ander voert tot de conclusie dat duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd, in de zin van echt onbepaald (niet bepaald en niet van te voren bepaalbaar) toch rechtens bindende overeenkomsten kunnen zijn, indien zij berusten op een in de tijdsduur volgehouden wilsovereenstemming. Deze zijn naar hun aard opzegbaar, omdat het beginsel van de partij-autonomie in ons recht meebrengt dat een ieder in beginsel vrij is zijn toestemming te geven en dus ook niet te geven. Tegenover de duurovereenkomst in algemene zin voor echt onbepaalde tijd, staat de duurovereenkomst in algemene zin die dat niet is. Zouden we die laatste categorie aanduiden met de term duurovereenkomst voor bepaalde tijd, dan moet die dus worden omschreven als de overeenkomst waarbij de tijdsduur ten aanzien van de bepaling van de prestatieplicht een essentieel element vormt en waarbij die tijdsduur op grond van van het begin afaan vaststaande criteria vastgesteld kan worden.

Op dit punt aangekomen keren we nog eens terug naar die bepaalbaarstelling van de tijdsduur, welke inhoudt dat een van de partijen bevoegd is die nadere bepaling te verrichten. Deze bevoegdheid kan op twee manieren gestalte krijgen. Op de eerste plaats als bevoegdheid

(en plicht) die nadere bepaling geheel en al naar objectieve maatstaven te verrichten. (Bijv. de arts die bepaalt of de patiënt voldoende hersteld is). In de tweede plaats de bevoegdheid (en plicht) voor een partij die nadere bepalingen te verrichten volgens min of meer subjectieve maatstaven, waarbij derhalve plaats is voor het volgen van eigen inzicht (en eigen belang!). In het laatste geval moet mijns inziens eveneens aangenomen worden dat de nadere vaststelling plaats vindt volgens de wil der partij. Zolang zij wel bevoegd is het eindtijdstip te bepalen maar dat niet doet, moet zij geacht worden de verdere duur van de overeenkomst te willen. Hier ligt het geval voor dat de duur van de overeenkomst (en daarmee de grens van de prestatieplicht van een of alle partijen) afhankelijk is van het voortduren van de toestemming van één van de partijen. Ook deze overeenkomst zou men duurovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen noemen. Niet omdat de tijdsduur niet bepaalbaar zou zijn, maar omdat die afhankelijk is van de voortduring van de toestemming van een van de partijen.

Zetten we deze overeenkomst te zamen met de duurovereenkomst in algemene zin voor onbepaalde tijd aan één kant, dan kunnen we aan de andere kant de overeenkomst voor bepaalde tijd omschrijven als de overeenkomst waarbij de tijdsduur ten aanzien van de bepaling van de prestatieplicht een essentieel element vormt en waarbij die tijdsduur op grond van het begin af aan vaststaande criteria vastgesteld kan worden, tenzij bij die vaststelling een subjectief oordeel van een van partijen mede een rol kan spelen. Ik breng hier in herinnering de omschrijving van de 'overeenkomst voor bepaalde tijd', zoals die door de Hoge Raad ten aanzien van de arbeidsverhouding voor bepaalde tijd is gegeven in het arrest van 8 januari 1952, (Steenfabriek, zie noot 94): een arbeidsverhouding waarvan het eindtijdstip vooraf met stelligheid is bepaald; welk geval zich niet voordoet indien partijen weliswaar de duur der arbeidsverhouding tot een, in zekere speelruimte latende termen omschreven, periode hebben beperkt zonder nochtans te bepalen op welk concreet tijdstip die periode haar einde zal vinden, met gevolg dat alsnog een van de werkgever of van de werknemer uitgaande verklaring wordt vereist strekkende tot vaststelling van de datum waarop het dienstverband zal aflopen en alzo tot beëindiging van de arbeidsverhouding. Essentieel in deze overweging is mijns inziens de zekere speelruimte die (in casu alleen aan werkgever) werd gelaten. Opvulling van die speelruimte betekent een 'vrijes Ermessen', op grond waarvan kan worden aangenomen dat de bevoegde partij de overeenkomst laat voortbestaan zolang haar wil daarop gericht blijft.

Op bovenstaande dogmatische overwegingen zou ik het algemene onderscheid tussen overeenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd willen identificeren met het antwoord op de vraag of die tijd afhankelijk is van een in de tijd volgehouden wilsovereenstemming respectievelijk toestemming of niet. Is het voortduren (in juridische zin en niet in psychische zin!) van de wilsovereenstemming respectievelijk toestemming niet relevant, dan is slechts een (bindende) overeenkomst mogelijk waarvan de duur volgens vooraf geheel bepaalde objectieve maatstaven (dus met stelligheid)[100] kan worden vastgesteld, welke overeenkomst voor bepaalde tijd moet worden genoemd. Zoals hierboven besproken komen in onze wetgeving verschillende begrippen bepaalde/onbepaalde tijd voor, welke verschillen mijns inziens dogmatisch niet te rijmen zijn. Wanneer men

van het bovenstaande dogmatische onderscheid uitgaat, dan blijkt voor wat betreft het rechtsgevolg het onderscheid tussen bepaalde en onbepaalde tijd neer te komen op de vraag of beide of een van partijen een zekere bevoegdheid bezit om de overeenkomst eenzijdig voor het toekomstige te beëindigen. Deze bevoegdheid vloeit voort uit het afhankelijk zijn van het voortduren van de overeenkomst van het voortduren van zijn toestemming; een stelling die, zo zagen we, mag worden omgekeerd. Het onderscheid dat in de wettelijke regelingen wordt gemaakt tussen overeenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd is alleen van belang om nader aan te geven op welke wijze de overeenkomst, waarop die regeling betrekking heeft, kan of moet worden beëindigd. Mijns inziens is Levenbach[101] hier in het algemeen te volgen waar hij - zich beperkende tot de regeling betreffende de arbeidsovereenkomsten - schrijft: '(Het lijkt) een overbodige tussenschakel om in de wet eerst het begrip-penstelsel te omschrijven en er dan de gevolgen uit af te leiden, die reeds in de vaststelling van de begrippen besloten liggen. Er kan volstaan worden met in de wet duidelijk aan te geven, wanneer wel en wanneer niet opzegging vereist is (en met dan verder die opzegging te regelen) zonder gebruik van de tussenbegrippen 'dienstbetrekking voor bepaalde en onbepaalde duur'. Hij wijst er vervolgens op dat ook de Hoge Raad in het reeds meermalen genoemde arrest van 1952 de term 'bepaalde tijd' niet noemt en uitsluitend tegenover elkaar stelt 'van rechtswege eindigen' en 'beëindiging door een van de werkgever of werknemer uitgaande verklaring'.

Op deze wijze wordt ook vermeden dat men met ingewikkelde tussen-vormen komt te zitten, die men met moeite kan kwalificeren terwijl dit voor het rechtsgevolg niet van belang is[102]. Is een overeenkomst, die voor onbepaalde tijd is gesloten maar waarbij tevens (bijv. op grond van het gebruik) vaststaat dat hij op het moment waarop de ene partij 65 jaar wordt, van rechtswege zal zijn beëindigd, nu een overeenkomst voor onbepaalde tijd met een maximumduur of een overeenkomst voor bepaalde tijd met tussentijdse opzegbevoegdheid? Mijns inziens zijn beide kwalificaties juist en doet het verschil in uitgangspunt (overeenkomst voor onbepaalde resp. bepaalde tijd) aan het rechtsgevolg niets toe of af. De overeenkomst is opzegbaar en wordt op het aangegeven moment van rechtswege beëindigd[103]. Ook behoeft men zich niet het hoofd te breken over de vraag hoe de overeenkomst te duiden is die door de ene, maar niet door de andere partij opzegbaar is en/of die slechts onder beperkende voorwaarden opzegbaar is (opzegbevoegdheid bestaat alleen indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, bijv. dringende redenen bij een arbeidsovereenkomst, art. 1639o jo. art. 1639p en art. 1639q BW).

Het is om dezelfde redenen volgens mij evenmin van belang of een ontbindende voorwaarde (voor wat betreft de toekomst, die het verleden ongemoeid laat) in een overeenkomst deze voor bepaalde of onbepaalde tijd maakt[104]. Al is het niet zeker of de voorwaarde ooit in vervulling zal gaan (bijv. wanneer de gemeente B als zodanig zal ophouden te bestaan), wanneer dat gebeurt wordt de overeenkomst voor de toekomst van rechtswege beëindigd, ongeacht het feit of er nog andere criteria bestaan op grond waarvan de overeenkomst van rechtswege zou worden beëindigd en/of het feit dat de overeenkomst opzegbaar is[105]. Wordt bijvoorbeeld een overeenkomst gesloten met als enige tijdsbepaling een

ontbindende voorwaarde (*incertus an incertus quando*) dan is deze voor (tussentijdse) opzegging vatbaar, tenzij partijen die ontbindende voorwaarden tevens als minimumduur hebben bedoeld. Dit laatste zou betekenen dat partijen een binding voor de eeuwigheid hebben bedoeld, hetgeen slechts onder zeer bijzondere omstandigheden aannemelijk is te achten. Hebben zij de ontbindende voorwaarde niet als minimum duur bedoeld, hetgeen het meest normale en meest voorkomende geval is, dan is de overeenkomst slechts een bindende overeenkomst door de aanname van een voortdurende wilsovereenstemming, zodat opzegging in beginsel mogelijk is. Dit laat verder de vraag onverlet of ten aanzien van bepaalde overeenkomsten het opnemen van een (bepaalde) ontbindende voorwaarde al of niet toelaatbaar geacht moet worden op grond van bijvoorbeeld de bijzondere aard van die overeenkomst of gezien de strekking van de wettelijke regeling betreffende het einde van die overeenkomst.

Hoewel de kwalificatie bepaalde tijd, onbepaalde tijd etc. in wettelijke regelingen mijns inziens beter vermeden kan worden, neemt dat niet weg dat deze termen in de rechtspraak dikwijls voorkomen en dan voor de uitleg van de overeenkomst van groot belang zullen zijn. Ook ik zal in het vervolg van dit boek deze termen blijven gebruiken wanneer de betekenis daarvan duidelijk is, ten einde de leesbaarheid te bevorderen.

2.5 CONCLUSIE

In de wetgeving (zowel in het geldende recht als in het NBW) komt een opzeggingsbegrip als zodanig niet voor. Slechts in de regeling van een aantal bijzondere contracten worden regels ten aanzien van een opzegging gegeven. Alleen de literatuur heeft zich met een abstract opzeggingsbegrip beziggehouden, hetgeen het mogelijk maakt een omschrijving van de opzegging af te leiden, waarvan mag worden aangenomen dat aldus het meest waarschijnlijke opzeggingsbegrip voor ons contractenrecht is geformuleerd. Opzegging is de eenzijdige wilsverklaring waardoor vanaf een zeker tijdstip de overeenkomst voor de toekomst van haar werking wordt beroofd.

Vervolgens werd gezocht naar het antwoord op de vraag hoe de opzegging inhoudelijk is te karakteriseren: hoe werkt hij en waar komt hij vandaan. Of, in andere woorden, hoe is de verhouding tussen de overeenkomst en de opzegging. De heersende opvatting in de literatuur is dat de opzeggingsbevoegdheid als een subjectief wilsrecht door de overeenkomst zelf of door het recht aan een partij wordt toegekend, als daartoe erkende uitzondering op de regel dat overeenkomsten niet kunnen worden herroepen dan met wederzijdse toestemming of uit hoofde van redenen welke de wet daartoe voldoende verklaart (art. 1374 lid 2 BW). Op basis van deze opvatting kan het haast niet anders dan dat een zeer versnipperd totaalbeeld ontstaat van het geldende opzeggingsrecht. Het leek mij gewenst te onderzoeken of er niet een andere fundering van de opzegging in ons overeenkomstenrecht mogelijk is, die als basis kan dienen voor een meer consistente theorievorming. Ik meen dat een zodanige fundering inderdaad mogelijk is. In die voorstelling wordt de verhouding opzegging-overeenkomst primair gebaseerd op art. 1356 BW. De opzegging is dan te beschouwen als de mededeling dat aan de, de overeenkomst als rechtsbron van steeds nieuwe verplicht-

tingen in stand houdende, duurtoestemming een einde is gekomen of zal komen. De begrippen opzegging en duurovereenkomst staan in een bijzondere relatie tot elkaar. De duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is alleen bestaanbaar als duurovereenkomst in bijzondere zin, dat wil zeggen als overeenkomst die door een duur-toestemming wordt tot stand gebracht en gehouden. Deze duurtoestemming is de in de tijd volgehouden wilsovereenstemming, waarbij het niet gaat om de psychische wil, maar om de juridisch relevante, rationele wil, zoals die is verklaard en waarvan op grond van de vertrouwensleer mag worden aangenomen dat hij voortduurt tot het einde daarvan aan de wederpartij is medegedeeld (verklaard). Deze duurovereenkomst is gezien de grondslagen van ons overeenkomstenrecht per definitie opzegbaar.

Aldus wordt een motivering verschaft voor de stelling dat overeenkomsten 'voor onbepaalde tijd' in beginsel opzegbaar zijn. Deze motivering kan behulpzaam zijn bij de uitleg van overeenkomsten: aangenomen moet worden dat een duurovereenkomst in beginsel opzegbaar is en dat slechts beperkingen aan die opzegbevoegdheid worden gesteld indien en voorzover dit door partijen is afgesproken (bezien in het licht van de vertrouwensleer) en/of door het recht wordt voorgeschreven. Dit kan uitdrukkelijk gebeuren of stilzwijgend door de aard van de prestatie, waarop de overeenkomst betrekking heeft. De bevoegdheid tot opzegging is dus niet een recht dat door de overeenkomst of het recht wordt toegekend (behalve ingeval van dwingende wetsbepalingen, die anders luidende partij-afspraken onmogelijk maken, zie nr. 4.4) doch die op grond van de autonomie van de vrije wil is blijven bestaan voorzover daarvan bij de overeenkomst geen afstand is gedaan (niet is gebonden) en/of waaraan door het recht beperkingen kunnen worden gesteld.

Wellicht zou het aanbeveling verdienen deze voorstelling in de wet op te nemen. Ik stel daarom voor na art. 6.5.2.10 NBW een nieuw art. 6.5.2.10a op te nemen, dat als volgt zou kunnen luiden:

Partijen kunnen de omvang en/of het aantal van de verbintenissen, die zij op zich nemen, mede doen afhangen van het verloop van de tijdsduur. In dat geval kan ieder van partijen die tijdsduur voor het toekomstige eenzijdige beëindigen door de wil daartoe aan de wederpartij kenbaar te maken (opzeggen), voorzover uit de overeenkomst of uit de wet niet het tegendeel voortvloeit.

Op deze wijze wordt ook een uitgangspunt voor een meer consistente theorievorming en wetgeving voor bijzondere contracten verkregen. Deze wetgeving kan daardoor waarschijnlijk worden vereenvoudigd en gestroomlijnd, waarbij het met name mogelijk is verwarring omtrent de betekenis van het begrip '(on)bepaalde tijd' te voorkomen.

Enkele opmerkingen over de wettelijke terminologie ten aanzien van het begrip opzegging

3.1 INLEIDING

In hoofdstuk 2 is het begrip opzegging, de rechtshandeling als zodanig, aan de orde geweest. Ter aanduiding van dat begrip worden, zowel in de wetgeving als in de rechtspraktijk, naast het woord opzegging, ook dikwijls andere woorden gebruikt. Ook komt het voor dat met het woord opzegging een andere (rechts)figuur wordt aangeduid, soms nog wel binnen de regeling van één bepaald contract. Dat dit gemakkelijk aanleiding kan geven tot verwarring behoeft niet veel betoog. In dit hoofdstuk zal aandacht worden besteed aan het gebruik van het woord opzegging en de woorden die ter aanduiding van het begrip opzegging worden gebruikt, voornamelijk wat de wetgeving ten aanzien van de in boek 7 NBW te regelen overeenkomsten en van enkele andere illustratieve gevallen betreft. Gezien de samenhang van de op de regeling van een bepaalde overeenkomst betrekking hebbende bepalingen, is een behandeling (voor zover hier van belang) per regeling het meest aangewezen (in plaats van bijvoorbeeld behandeling per uitdrukking).

Alvorens daartoe over te gaan nog een algemene opmerking vooraf. In de maatschappij hebben zich in de loop der tijden ter organisatie van activiteiten en uitwisseling van goederen een aantal instituties gevormd. Een groot aantal van die instituties bestaat uit een bepaalde, gegroeide regeling van onderling betrokken gedrag. Het gaat hier om verschijnselen als koop, ruil, verzekering, huur, dienstverlening, bruikleen, pacht, etc. Veel van dit soort instituties worden door de betrokkenen per concreet geval onderling afdwingbaar gemaakt door daaraan een overeenkomst (in de zin van art. 1356 BW) ten grondslag te leggen. Zonder een dergelijke overeenkomst zijn die instituties nauwelijks nog denkbaar. Niemand zal immers erg genegen zijn te presteren als hij er niet van overtuigd kan zijn dat de ander dat ook zal doen.

Een en ander heeft tot gevolg dat (ten minste) drie niveau's zijn te onderscheiden: de overeenkomst, de hieruit voortvloeiende rechtsbetrekking (geheel van verbintenissen: rechten en plichten) en de feitelijke relatie (de daadwerkelijke uitvoering) waarom het uiteindelijk allemaal begonnen was. Bijvoorbeeld: A wil een auto tot zijn beschikking hebben gedurende de week dat zijn vrouw met de gezinsauto naar haar moeder is. Het bleek voor hem de meest aangewezen weg om er voor die week een te huren. Hiertoe sluit hij een overeenkomst met een verhuurbedrijf. Uit de overeenkomst vloeit de verplichting voor het verhuurbedrijf voort om de auto ter beschikking te stellen en A het genot te laten gedurende die week en voor A om de afgesproken prijs te betalen. Gedurende de afgesproken week verkrijgt A nu de feitelijke beschikking over de auto, waar het hem om te doen is (en verkrijgt het verhuurbedrijf de prijs, die de reden is om auto's (en dus ook deze auto) te ver-

huren. Zou die feitelijke relatie niet totstandkomen, dan doet dat aan het bestaan van de rechtsbetrekking niet toe of af[1]. De praktijk heeft ertoe geleid dat het spraakgebruik voor alle drie de 'niveau's wel hetzelfde woord gebruikt[2]. Bijvoorbeeld: 'men neemt (koopt) een abonnement, / het abonnement gaat in op..., het abonnement eindigt op.../ het abonnement geeft mij het recht om/ ik heb een abonnement'. Of: 'ik sluit een verzekering[3] / volgens de verzekering heb ik het recht de premie in termijnen te betalen / ik heb een verzekering tegen diefstal / mijn auto zit in de verzekering / men moet de gelegenheid hebben zijn verzekering ergens anders onder te brengen'[4].

Voor het onderwerp dat ons hier bezig houdt, is dit verschijnsel in twee opzichten van belang. Op de eerste plaats wordt in het spraakgebruik, dat soms in de wetgeving wordt gevolgd, vaak niet duidelijk aangegeven welke van de drie niveau's men bedoelt. Ook niet wanneer men opzegt. Men zegt de dienst op, de verzekering op, de huur op, zijn abonnement op. Op zichzelf is dit niet zo'n probleem, want alleen de overeenkomst (of wellicht in het huidige beeld - duidelijk is dat niet - de rechtsbetrekking) is voor opzegging vatbaar zodat het gevaar voor misverstanden gering is. Het is van belang hier op te merken dat ook wanneer een bepaalde term alleen voor het feitelijk deel gebruikt wordt, het geen bezwaar ontmoet dat men de opzegging formuleert als een opzegging van het 'feitelijk deel'. De term 'dienst' betekent alleen de feitelijke relatie die bij de uitvoering van een arbeidsovereenkomst ontstaat. Het komt nog vaak voor dat iemand 'zijn dienst opzegt', evenals een student die 'zijn kamer opzegt'. Op de tweede plaats heeft de praktijk des levens ten aanzien van de beëindiging van relaties van een zekere bestendige aard, in tegenstelling tot de situatie van het aangaan ervan, velerlei uitdrukkingen opgeleverd[5]. Men breekt met elkaar; men laat iemand in de steek, men wordt ontslagen, men wordt uit de verzekering gezet, men houdt het verder voor gezien, men wil vervroegd aflossen, men verbreekt de relatie, etc. Zoals zal blijken is het wettelijk woordgebruik niet in alle gevallen vrij van de invloed van dit soort uitdrukkingen gebleven.

3.2 BEWAARGEVING, BRUIKLEEN EN VERBRUIKLEEN

Het woordgebruik van het BW is voor deze overeenkomsten ten aanzien van de beëindiging nagenoeg gelijk. De partij die de zaak heeft afgestaan kan 'terugvorderen' (resp. art. 1762, 1787 en 1797) of 'terugeisen' (art. 1796). De andere partij kan of moet 'teruggeven' (art. 1763, 1787). Deze terminologie past in het reële karakter van deze overeenkomsten[6]. Zij komen pas tot stand door de overgave van de zaak en het ligt daarom wel enigszins voor de hand dat de mededeling dat men de overeenkomst wenst te beëindigen, gedaan zal worden met de woorden terugvorderen en teruggeven. Daar komt bij dat bij de bewaargeving en de bruikleen de afstaande partij zijn zakelijk recht op de zaak niet overdraagt. Bovendien zijn deze overeenkomsten door de wetgever als vriendendienst gedacht, dus in beginsel zonder tegenprestatie. Waar het bij de beëindiging (in de ogen van de wetgever) uiteindelijk om gaat, is dat de afstaande partij zijn eigendom etc., of de vervangende zaak bij verbruikleen, weer terugkrijgt. Toch doet het wat merkwaardig aan dat de wetgever beëin-

digingshandeling en rechtsgevolg (en feitelijke uitvoering) op één hoop veegt[7].

Voor de bewaargeving klopt het systeem ook niet. Duidelijk is dat op het moment dat de zaak is teruggegeven de overeenkomst ook is geëindigd (Hof 's Hertogenbosch, 8 januari 1952, NJ 1952, 617). Maar het omgekeerde is niet juist. Dit blijkt al uit de bepaling van art. 1766 BW, die inhoudt dat de bewaargever de zaak onder zich mag houden tot 'de volle voldoening' van hetgeen hem ter zake van de bewaring verschuldigd is. Wat moet nu de bewaarnemer doen, die wettige redenen heeft om de zaak terug te geven (vgl. art. 1763) maar die ter zake van de bewaring nog wat van de bewaargever te vorderen heeft? Om de overeenkomst te beëindigen (om aan zijn bewaringsplicht een eind te maken) moet hij teruggeven (of elders in bewaring stellen), maar hoe zit het dan met zijn retentierecht? Hij zal de bewaargever moeten medelen dat hij er vanaf wil en dat hij tot zijn vordering voldaan zal zijn de zaak achter houdt. Kortom, hij zal 'abstract' willen opzeggen. Het is maar de vraag of dat kan; art. 1763 wijst in de richting van een ontkennend antwoord. In dat geval heeft art. 1766 voor de bewaargever geen betekenis. Kan wel door een abstracte mededeling beëindigd worden, dan heeft gebruik van het woord teruggeven een misleidend effect.

In het NBW blijft alleen de overeenkomst van bruikleen het karakter van reële overeenkomst behouden (art. 7.6.1). De overeenkomst van bewaargeving en van verbruikleen worden consensuele contracten[8]. Het bevreemdt mij dat ook in de regeling met betrekking tot deze laatstgenoemde overeenkomsten de beëindiging in de reële 'toonsetting' is gearrangeerd. Ten aanzien van bewaargeving[9] wordt gesproken van 'teruggave vorderen' en 'terugneming vorderen' (art. 7.9.1.6) en ten aanzien van verbruikleen van 'terugbetaling vragen' (art. 7.2.1.3) en 'terugbetaling vorderen' (art. 7.2.1.4)[10]. Met betrekking tot bruikleen heet het 'teruggave vragen' en 'teruggave verlangen'[11]. Mijn bezwaren tegen dit woordgebruik komen niet alleen uit theoretische overwegingen voort. Nu de bewaargeving en de verbruikleen reeds bindende overeenkomsten vormen door de abstracte afspraak zal er in de praktijk eveneens behoefte aan bestaan dat die overeenkomsten door een abstracte mededeling kunnen worden beëindigd. Dit zal met name het geval zijn als de zaak of zaken nog niet (in hun geheel) zijn overgegeven. De bewaarnemer die wil weten of hij zijn ruimte aan anderen ter beschikking kan stellen, moet bevrijding wegens schuldeiserverzuim vragen op grond van art. 6.1.7.3 NBW. De bewaargever die de voor onbepaalde tijd aangegane overeenkomst wil beëindigen, zal willen opzeggen zonder eerst nog even de zaak over te dragen en dan onmiddellijk weer teruggave te vorderen.

Men kan zich afvragen of er wellicht ook voordelen aan het gebruik van de gekozen terminologie te ontdekken zijn. Maakt een vordering tot teruggave bijvoorbeeld ingebrekestelling onnodig? Het antwoord is ontkennend (Toel., blz. 979-980). Als aan de vordering tot teruggave geen tijdig gevolg wordt gegeven, zal verzuim pas intreden na de ingebrekestelling (schriftelijke aanmaning) van art. 6.1.8.7. Voordeel van het voorgesteld wettelijk woordgebruik is waarschijnlijk de vergroting van duidelijkheid voor de justiciabelen in het meest normale geval, doordat het zal aansluiten bij de in dat geval gehanteerde formulering (die overigens als een stilzwijgende opzegging zou zijn aan te merken). Dat

genoemd voordeel wegvalt tegen het nadeel van de onduidelijkheid die wordt opgeroepen moge thans duidelijk zijn. Mijs inziens verdient het aanbeveling de tekst van genoemde artikelen in die zin te wijzigen dat het opzeggingsbegrip op abstracte wijze (en aansluitend op het ook overigens meest gewenste woordgebruik) wordt geformuleerd.

Ten aanzien van de sekwestratie kan worden volstaan met de opmerking dat art. 1772 BW spreekt van ontslag van de sekwestor. In het NWB verklaart art. 7.9.8 de bepalingen omtrent bewind van toepassing. Art. 3.6.1.13 spreekt van ontslag door de (boedel) rechter.

3.3 HUUR

Uit de art. 1606 t/m 1608 en 1616 BW blijkt duidelijk dat de opzegging de rechtshandeling is die de huurovereenkomst voor het toekomstende beëindigt. Ook aan het eenzijdige karakter kan geen twijfel bestaan. In het nieuwe huurrecht met betrekking tot woonruimte bepaalt art. 1623c BW dat de huurovereenkomst na de opzegging door de verhuurder van kracht blijft totdat de rechter onherroepelijk heeft beslist op het verzoek van de verhuurder om een tijdstip vast te stellen waarop de huurovereenkomst zal eindigen. Wijst de rechter het verzoek toe, dan stelt hij tevens het tijdstip van de ontruiming vast; wijst hij het verzoek af, dan loopt de overeenkomst van rechtswege door (art. 1623d leden 2 en 3). Het is mijs inziens daarom juist te spreken van een verzoek tot ontbinding van de overeenkomst. De kantonrechter beslist immers op de eerste plaats of de huur beëindigd dient te worden of niet; op de tweede plaats pas - bij een bevestigend antwoord - op welk tijdstip beëindigd wordt en ontruimd moet worden of - bij een ontkenkend antwoord - of de overeenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd wordt voortgezet.

De overeenkomst loopt niet van rechtswege door wanneer de huurder schriftelijk in de beëindiging door de opzegging heeft toegestemd (art. 1623c lid 1). De opzegging door de verhuurder kan derhalve pas tot het einde van de overeenkomst leiden doordat deze handeling wordt gevolgd door een toestemming van de kant van zijn wederpartij of door een toewijzing van zijn verzoek tot ontbinding. Dit wil zeggen dat de opzegging hier bezwaarlijk kan worden beschouwd als de eenzijdige rechtshandeling welke de overeenkomst voor het toekomstende beëindigt. De opzegging is hier een aanbod tot het sluiten van een beëindigingsovereenkomst. Dit aanbod is in zoverre bijzonder (vgl. art. 1623b lid 10) dat het de gronden moet vermelden, die tot het doen van het aanbod hebben geleid^[12] (art. 1623b lid 4) omdat anders de verhuurder in zijn verzoek bij de kantonrechter ex art. 1623c niet ontvankelijk is, wanneer dit aanbod niet mocht worden geaccepteerd. Het zeer bijzondere gebruik van het woord opzegging alsmede de opzet van de wettekst maken het noodzakelijk te bepalen dat de uitzondering van toestemming van de huurder in de beëindiging in het licht van art. 1623c uitdrukkelijk wordt vermeld. Door de bepaling dat na de 'opzegging' door de verhuurder de overeenkomst van rechtswege van kracht blijft, zou de huurder na een opzegging geen afstand van zijn recht op voortgangsbescherming kunnen doen. Zou hij toch van de overeenkomst af willen dan zou hij zelf moeten opzeggen,

Terminologie t.a.v. het begrip opzegging

met alle gevolgen vanden. Lid 10 van art. 1623h zou ook geen oplossing bieden, want dat doet aan het bepaalde in art. 1623c niet af.

Hetzelfde geldt voor het gebruik van het woord opzegging in de regeling met betrekking tot de huur van bedrijfsruimte. Men zie de art. 1627a en 1631 BW. Ook hier is de verplichting tot mededeling van de gronden alleen op straffe van nietigheid opgenomen teneinde de verhuurder in zijn verzoek niet ontvankelijk te laten zijn indien hij die vermelding achterwege laat.

Het merkwaardige in dit stuk wetgeving is dat het woord opzegging in een en hetzelfde artikel tegelijkertijd twee betekenissen kan hebben. Bijvoorbeeld in art. 1623b lid 3, dat bepaalt dat de opzegging moet geschieden bij aangetekende brief of deurwaardersexploit. Dit geldt zowel voor de opzegging door de huurder als voor het aanbod van de verhuurder.

3.4 PACT

Bij de regeling van de pacht heeft de wetgever een ander systeem gekozen. De pachtovereenkomst geldt in beginsel voor twaalf jaren (voor een hoeve) of voor zes jaren (voor los land). Een langere of kortere duur is mogelijk, mits maar aan de eis van bepaalde tijd is voldaan (art. 12 Pachtwet). De overeenkomst die geldt voor de normale tijd of langer, wordt telkens van rechtswege met zes jaren verlengd, behalve wanneer een van de partijen aan de wederpartij heeft kennisgegeven, dat zij verlenging niet wenst (art. 36 leden 1 en 2 Pachtwet). Binnen een maand na ontvangst van de kennisgeving, kan de pachter de pachtkamer verzoeken de overeenkomst te verlengen (art. 36 lid 3).

De mededeling dat men de overeenkomst niet wenst te verlengen is een opzegging in de zin van nr. 2.2. Dat hier sprake is van een zg. oneigenlijke opzegging maakt geen verschil (zie nr. 4.2). Het feit dat de pachtkamer de overeenkomst kan verlengen, in welk geval de opzegging niet tot het beoogde resultaat leidt, is evenmin van belang. Zonder deze geheel op zichzelf staande handeling van een derde zou de overeenkomst door de kennisgeving eindigen op het aangegeven tijdstip. In literatuur en rechtspraak wordt het doen van de kennisgeving ook vaak als 'opzegging' aangeduid[13]. Het ware te overwegen art. 36 leden 2 en 3 in overeenkomstige zin te wijzigen.

In de artikelen 47, 51 lid 2 en 62 onder d Pachtwet wordt gesproken over beeindigen, waarmede eveneens een opzegging wordt bedoeld. Ook hier ware het woord opzegging in te voeren.

3.5 VERZEKERING

Dubbele schadeverzekering

Het is opvallend dat de enige bepaling in het Wetboek van Koophandel, die over de opzegging van een verzekeringsovereenkomst rept, bij nader inzien geen betrekking heeft op een 'echte opzegging'. Het gaat om art. 272 K dat bepaalt dat de verzekerde zijn belang voor dezelfde tijd en hetzelfde gevaar andermaal kan doen verzekeren indien hij de verzekeraar door middel van een gerechtelijke opzegging van zijn verplichtingen voor het toekomstige ontslaat (lid 1) en ervoor zorgdraagt

Terminologie t.a.v. het begrip opzegging

dat op de nieuwe polis melding wordt gemaakt van de vroegere verzekering en de gerechtelijke opzegging (lid 2). Het betreft hier totaal geen regeling van beëindigingsrecht: dit had de eiser tot cassatie in de zaak die leidde tot HR 16 februari 1917, NJ 1917, blz. 314, er wél in gelezen. Hij meende dat art. 272 een bevoegdheid toekende om de verzekeringsovereenkomst op te zeggen, mits dit maar gerechtelijk gebeurde. Het gaat hier echter om een regel, welke zijn plaats heeft in het wettelijk stelsel van regels welke zien op de voorkoming van dubbele verzekering voor hetzelfde gevaar voor dezelfde tijd (art. 252, 277 en 278). De Hoge Raad overwoog:

'dat eischeres het eenzijdig ontheffen van toekomstige verplichtingen uit een tweezijdige overeenkomst voortvloeiende - waarover alleen art. 272K handelt - verwacht met het vervallen dier overeenkomst zelf, waarvoor blijkens het 3e lid van art. 1374 BW wederzijdsche toestemming nodig zou zijn;

dat in overeenstemming met het beginsel van art. 252K, hetwelk gelijktijdige aanspraak op twee verzekeraars voor hetzelfde gevaar verbiedt, art. 272 aan den verzekerde den weg wijst om, door het doen vervallen van zijn recht uit de overeenkomst op vergoeding van toekomstige schade, zijn gevaar bij eenen anderen verzekeraar te dekken;'

Het lijkt er dus op dat art. 272 de bevoegdheid verschaft de wederpartij van zijn verplichting te ontheffen. Ook dit is echter in geen enkel opzicht waar: de bepaling beperkt die bevoegdheid juist in materiele zin omdat een nieuwe verzekering pas toegelaten wordt als de afstand van recht bij deurwaardersexploit heeft plaatsgehad. De enige bevoegdheid die aan de verzekerde verleend wordt, is het aangaan van een nieuwe verzekeringsovereenkomst voor hetzelfde gevaar voor (een deel van) dezelfde tijd, ondanks het verbod van art. 252. Op zichzelf staat niets het doen van afstand van recht voor de toekomst ten aanzien van verplichtingen uit een overeenkomst in de weg hetgeen door de Hoge Raad op de genoemde plaats ook werd overwogen. Of in de woorden van P.G. Noyon: de bevoegdheid tot ontslag wordt er ook niet verleend, zij wordt alleen verondersteld, behoefde de verzekerde niet uitdrukkelijk verleend te worden.

Waarom die beperking aangebracht? Ter bescherming van de nieuwe verzekeraar. Hij loopt immers de kans dat zijn overeenkomst op grond van art. 252 nietig is, indien de (aanspraak op vergoeding uit de) eerste verzekering nog blijkt te bestaan. Dit klemte te meer als de overeenkomst zelf nog bestaat, omdat die niet beëindigd kon worden en er derhalve alleen afstand van recht gedaan is. Om buiten twijfel te stellen dat die afstand ook werkelijk heeft plaatsgevonden is de eis gesteld van gerechtelijke opzegging (hetgeen dus had moeten luiden: aanzegging, zoals dit in de oorspronkelijke ontwerpen voor dit artikel ook was, zie conclusie P.G. Noyon) en van aantekening van de eerste verzekering en die afstand op de polis van de nieuwe verzekering.

Bij afstand van recht blijft de overeenkomst zelf gewoon in stand; er moet dan ook volledig premie worden betaald[14]. In geval van beëindiging van de overeenkomst (door opzegging of anderszins) eindigt in beginsel ook de premieplicht, zodat de verzekerde er belang bij heeft deze beëindiging duidelijk vast te leggen. Een eis van deurwaardersexploit is daarom niet nodig. In geval hij echter premie moet blijven betalen is het voor hem aanlokkelijk te pretenderen afstand van recht

Terminologie t.a.v. het begrip opzegging

uit een van beide verzekeringen te hebben gedaan en in geval van schade te kiezen uit de beste van de twee. Dit wordt nu door art. 272 verhinderd, doordat de in dat artikel geëiste gerechtelijke aanzegging geen ruimte laat voor twijfel. Voor de praktijk is art. 272 van gering belang[15].

In het NBW wordt deze problematiek opgelost door toekenning van een echte opzeggingsbevoegdheid (art. 7:17.2.7); de premie wordt - als nog geen schadevergoeding is gevorderd - naar billijkheid verminderd.

Overgang van het verzekerd belang

Bij verkoop of eigendomsovergang van een verzekerd voorwerp loopt de verzekering ten voordele van de verkrijger door, aldus de hoofdregel van art. 263 K. Lid 2 bepaalt dat, indien de verkrijger weigert de verzekering over te nemen de verzekering door blijft lopen in het voordeel van de oorspronkelijke verzekerde[16]. Hoe is de weigering van overname op te vatten? Opzegging of bijvoorbeeld alleen afstand van recht? Het is van belang vast te stellen wat er nu precies ten voordele van de koper etc. gaat lopen: een aanspraak op schadevergoeding, voortspruitend uit de oorspronkelijke overeenkomst of de overeenkomst zelf, waarbij de koper etc. in de plaats gesteld wordt van de oorspronkelijke verzekeringnemer? De Hoge Raad (HR 13 februari 1930, NJ 1930, blz. 415) heeft voor de laatste oplossing gekozen met de volgende woorden:

'Overwegende dat dan ook art. 263 K is op te vatten in dien zin, dat, bij de daarbedoelde overgang van het risico, de overeenkomst van verzekering ten opzichte van de oorspronkelijke verzekerde een einde neemt en de daaruit voortspruitende rechten en verplichtingen in vollen omvang op den koper of nieuwen verkrijger overgaan;

We moeten dus aannemen dat de bepaling van art. 263 K medebrengt dat de verzekeraar door de verkoop of eigendomsovergang een nieuwe contractspartner (automatisch) tegenover zich ziet geplaatst worden (mijns inziens volgt hieruit duidelijk dat de rechten en verplichtingen overgaan op de nieuwe eigenaar, zodat de oorspronkelijke verzekeraar geen premie meer hoeft te betalen (althans ten aanzien van nieuwe termijnen) en ook geen eventuele bevoegdheid tot opzegging behoudt[17]). De weigering als contractspartner op te treden is een wilsverklaring welke de betrokken overeenkomst voor het toekomstige van haar geldingskracht ontdoet met in stand houding van het verleden. We moeten concluderen dat de bedoelde weigering een opzegging is in de zin die ik in nr. 2.2 heb afgeleid. Dit recht wordt door art. 263 K toegekend (alleen ten tijde van de verkoop of van de eigendomsovergang, art. 263 lid 2), ongeacht het feit of de betrokken overeenkomst wel een 'tussentijdse' opzeggingsmogelijkheid kent. Toch steken er addertjes onder het gras: de overeenkomst loopt in zijn oorspronkelijke hoedanigheid door ingeval de oorspronkelijke eigenaar nog enig belang heeft[18]. Bovendien is art. 281 van toepassing, indien de overeenkomst vervalt, hetgeen inhoudt dat de premieverplichting blijft bestaan (zie hiervoor) zodat ook in dat geval aan de zuiverheid van de opzeggingsfiguur getwijfeld kan worden (hoewel de tekst van art. 281 K voor die twijfel geen ruimte laat, want die spreekt duidelijk van het vervallen van de overeenkomst[19]).

In het NBW is de problematiek van de overgang van het verzekerd belang geregeld in art. 7:17.2.5 welke o.a. een opzeggingsrecht verschaft.

Levensverzekering

Een levensverzekering kan ertoe strekken, dat deze in ieder geval tot een uitkering zal leiden. Het 'in ieder geval' duidt erop dat ten aanzien hiervan geen risico gelopen wordt. Het hiervoor te reserveren deel van de premie heet dan ook spaarpremie en het overige deel risicopremie. Wanneer een dergelijke overeenkomst 'tussentijds' wordt opgezegd, dan houdt dit in dat de verzekeraar geen risico meer loopt en de verzekeringnemer daarvoor geen premie meer betaalt.

Hoe zit het nu met het bedrag dat gevormd wordt door de som van de spaarpremies? Het staat partijen vrij af te spreken dat deze ingeval van 'tussentijdse opzegging' (waaronder ook de stilzwijgende opzegging ingeval van staking van premiebetaling te rekenen valt) aan de verzekeraar zal toevallen (behalve indien deze overeenkomst onder de Pensioen- en Spaarfondsenwet (Stb 1952, 275) valt). Een dergelijk voordeel voor de verzekeraar zal bij niemand echter als gerechtvaardigd overkomen: het spreekt vanzelf dat deze opgebouwde reserve aan de verzekeringnemer (of begunstigde) toekomt (en in de praktijk gebeurt dit naar verluidt ook altijd). Dit laatste kan op drie manieren geschieden: de opgespaarde som wordt aan de verzekeringnemer ter hand gesteld; de verzekering wordt voortgezet ('premievrij gemaakt') met een lager verzekerd bedrag of voor een kortere duur dan aanvankelijk afgesproken, voor welke wijziging de spaarreserve wordt gebruikt als premie (vooraf en ineens); of de verzekering wordt 'automatisch voortgezet', dat wil zeggen voortgezet tegen de aanvankelijk afgesproken voorwaarden, waarbij de verzekeraar de premie (telkens) voorschiet en bij de uitbetaling van de uitkering (inclusief rente) inhoudt[20]. Op deze mogelijkheden zijn uiteraard varianten mogelijk. Uiteraard zullen deze oplossingen in de polis geregeld zijn. Slechts in het eerst genoemde geval (ter handstelling van het bedrag aan de verzekeringnemer) wordt de relatie ook werkelijk beëindigd. Men spreekt in dit geval van afkoop, waarbij men in de praktijk geen verschil maakt tussen afkoop door de verzekeraar en door de verzekeringnemer.

In theorie staan opzegging en (doen) afkopen los van elkaar. Opzegging is de wilsuiting die de overeenkomst (de rechtsrelatie) een einde laat nemen en (doen) afkopen ziet op de verzoening van de verzekeringnemer met het verlies van het opgespaarde vermogen bij de verzekeraar ten gevolge van het feit dat de verzekering een voortijdig einde heeft genomen. Dit onderscheid wordt in de praktijk echter meestal niet gemaakt omdat de opzegging als aparte wilsuiting niet zo gauw zal voorkomen en als zodanig ondergesneeuwd ligt in de aanzegging betreffende het hieraan gekoppelde rechtsgevolg: het teruggeven van de spaarreserve. In een verzoek tot doen afkopen ligt dus een stilzwijgende opzegging verborgen, evenals in een afkoophandeling van de kant van de verzekeraar. Soms wordt dit onderscheid in de praktijk wel duidelijk, bijvoorbeeld als de polis het recht van opzegging bevat, waarbij in geval van gebruikmaking daarvan een van beide partijen de keus heeft tussen twee of meer van de boven reeds genoemde afwikkelingsvormen (afkoop, premievrijmaking of automatische voortzetting).

Hoe moet men nu de staking van premiebetaling duiden? Men kan hierin een stilzwijgende opzegging zien. Door het feit dat de overeenkomst hierdoor een einde neemt, kan (en moet) de verzekeraar afkopen (etc.). Men kan ook, gelijk Van der Feltz doet (blz. 457), de staking opvatten

als wanprestatie, welke de verzekeraar het recht geeft op te zeggen (en daarna af te kopen, etc.).

Men kan staking van premiebetaling ook opvatten als een constitutieve voorwaarde voor het intreden van de opzeggingsbevoegdheid van de verzekeraar. Welke oplossing in de praktijk gevolgd wordt, is niet uit de literatuur af te leiden. Het kan zijn dat de meest gevolgde beëindigingswijze deze is: de overeenkomst vervalt van rechtswege na niet-betaling van de premie, waarna de verzekeraar kan of moet afkopen, etc.[21].

Tot nu toe is alleen nog maar het spraakgebruik in de literatuur aan de orde geweest. De wet zwijgt in deze. Dit is in het NBW anders.

Op de eerste plaats bepaalt art. 7.17.3.12 onder andere dat als enige premie niet binnen dertig dagen na de vervaldag is voldaan, de verzekeraar de verzekering als vervallen kan beschouwen. De Toelichting vermeldt niet wat met 'als vervallen kunnen beschouwen' wordt bedoeld. Volstaan wordt met de opmerking dat hiermee een bijna algemeen voorkomend beding wordt weergegeven (blz. 196). Ik acht deze term vanwege zijn vaagheid bezwaarlijk. Onduidelijk is of de overeenkomst van rechtswege vervalt of dat het gaat om een recht van de verzekeraar. Van der Feltz meent consequent dat er hier sprake is van een bevoegdheid van de verzekeraar. Vraag is in dat geval of de verzekeraar dan van het gebruik maken van die bevoegdheid kennis moet geven aan de wederpartij en/of aan een begunstigde (die niet heeft aanvaard). Met ingang van welke dag kan hij de verzekering als vervallen beschouwen? Ik vraag mij af waarom hier niet meer op normale wijze een buitengewoon opzeggingsrecht wordt toegekend. Dit zou een opzegging op staande voet kunnen zijn, maar laat verder geen ruimte voor twijfel.

Op de tweede plaats verschaft art. 7.17.3.17 de verzekeraar de bevoegdheid, indien de mededelingsplicht van art. 7.17.1.4 niet is nagekomen, de verzekering te vernietigen door een schriftelijke verklaring gericht tot de verzekeringnemer. Waarom hier ineens de term 'vernietigen' gebruikt wordt, wordt door de Toelichting niet uit de doeken gedaan. Ook Van der Feltz klaagt (blz. 470/471) over het verwarrende effect van het verschil in terminologie (art. 7.17.3.12 spreekt, zoals we zagen, van als vervallen beschouwen); hij zou liever spreken van beëindigen. Ik vraag mij weer af: waarom niet de term opzegging gebruikt? Te meer daar dit zou aansluiten bij het woordgebruik in afdeling 1 van titel 17. Zonder twijfel wordt hier opzegging bedoeld, en niet bijvoorbeeld annulering, hetgeen uit de bepaling van het tweede lid volgt. Het gaat hier duidelijk om een beëindiging ex nunc[22].

In tegenstelling tot de afdelingen 1 en 2, welke worden gekenmerkt door een mijns inziens juist en consequent gebruik van het woord opzeggen, vertoont afdeling 3 van titel 17 een onduidelijk woordgebruik in deze. Dit valt naar mijn idee te betreuren, al was het alleen al vanwege het feit dat nu geen duidelijke aansluiting tot stand komt met de algemene bepalingen van afdeling 1 (bijv. art. 7.17.1.13).

3.6 AANNEMING VAN WERK

Ten aanzien van de overeenkomst van aanneming van werk bepaalt art. 1647 BW, dat de aanbesteder, desgoedvindende, de aanneming kan opzeggen, ofschoon het werk reeds begonnen zij, mits hij de aannemer

wegens alle deszelfs gemaakte kosten, arbeid en winstderving, volkomen schadeloos stelle. Volgens de Hoge Raad geeft art. 1647 niet meer dan een toepassing van het algemeen beginsel van wederkerige overeenkomsten inhoudende dat de schuldeiser als regel niet verplicht is de hem verschuldigde prestatie aan te nemen, hetgeen de verbintenis tot het verrichten van de tegenprestatie onverlet laat[23]. In deze visie raakt de opzegging niet aan de overeenkomst en is de functie van art. 1647 niet anders dan ongegronde verrijking van de aannemer voorkomen. 'De schadeloosstelling is geen schadevergoeding maar de aanneemsom zelf, welke om redenen van billijkheid beperkt wordt'[24]. In deze visie kan er dus geen sprake zijn van een opzegging, zoals in nr. 2.2 omschreven.

Bij de meningsvorming in de rechtspraak en literatuur heeft waarschijnlijk het feit een rol gespeeld dat men in dit soort situaties aan de bepaling van art. 1374 lid 2 BW pleegt te denken[25]. Hierbij (of beter gezegd: hierdoor) wordt het verschil tussen een herroeping (ex tunc) en een opzegging (ex nunc) gemakkelijk uit het oog verloren (zo men dit onderscheid al maakt), zodat men wellicht zijn pijlen op de verkeerde rechtsfiguur richt. Dit wordt nog in de hand gewerkt door de zinsnede in art. 1647 'ofschoon het werk reeds begonnen zij', welke echter geen zelfstandige betekenis kan worden toegekend, aangezien het al of niet aangevangen zijn van de uitvoering van de overeenkomst aan de bindende kracht van de contractuele verplichtingen niet toe of af kan doen. Houdt men deze verwarring voor ogen dan is het standpunt van de Hoge Raad beter begrijpelijk: het gaat niet aan de overeenkomst voor het verleden te herroepen en de aannemer daarvoor in de plaats van de aanneemsom slechts te vergoeden voor gemaakte kosten, arbeid en winstderving te verschaffen. Als de aanbesteder ten aanzien van een verplichting tot betaling van een gedeelte van de aanneemsom in gebreke zou zijn gebleven[26], zou het voor hem alleen daarom al aantrekkelijk kunnen zijn de overeenkomst 'op te zeggen', omdat hij nu ineens niet meer in gebreke zou zijn en dus geen moratoire interessen meer behoeft te betalen. Hetzelfde geldt ten aanzien van andere verplichtingen uit de aanneemovereenkomst. Bovendien zou het bij een opzegging in de zin van herroeping van de gehele overeenkomst, die geheel rechtmatig is gedaan volgens art. 1647 BW, voor de aanbesteder van zijn kant niet meer mogelijk zijn schadevergoeding te eisen wegens wanprestatie van de aannemer. Dit kan natuurlijk allemaal niet de bedoeling zijn en in zoverre is het standpunt van de HR (uit 1918) toe te juichen. Dat de handeling van art. 1647 de mogelijkheid van een actie ex art. 1302 BW (ook voor de aanbesteder) onverlet laat wordt algemeen aangenomen[27].

Het standpunt van de Hoge Raad is echter geenszins noodzakelijk om de zojuist genoemde en - terecht - ongewenst geoordeelde gevolgen te vermijden. Dit standpunt wordt door Kamphuisen verworpen, met het argument dat de contraprestatie niet in stand blijft, maar een schade-loosstelling daarvoor in de plaats komt[28]. De stelling van Cremers is niet juist omdat de contraprestatie wel degelijk méér kan inhouden dan de betaling van een aanneemsom, bijvoorbeeld de levering van grondstoffen. Ook deze nevenverplichtingen gaan door de opzegging te niet, zodat moet worden aangenomen dat er sprake is van een opzegging in de zin van nr. 2.2. Kamphuisen wijst ook nog op art. 1794 van de Code Civil, dat de term 'résilier' bevat, 'hetgeen meer verbreking aanduidt'. Cremers wijst (ook) op de overeenkomst van art. 1794 CC met art. 16390

BW, waarmee hij zijn eigen stelling afbreuk doet aangezien in dat artikel ongetwijfeld van een opzegging sprake is. Als Kamphuisen ook Van Wijn-gaarden (blz. 173). In deze visie wordt de overeenkomst 'echt' opgezegd, dus voor de toekomst beëindigd, terwijl het verleden geheel ongemoeid blijft. De bezwaren, die tegen een volledige herroeping aan te voeren zijn, komen niet aan de orde.

In het NBW verschijnt de bepaling van art. 1647 in art. 7.12.14: de aanbesteder is te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen. Volgens lid 2 van dit artikel moet de aanbesteder dan de voor het gehele werk geldende prijs betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien tegen aflevering door de aannemer van het reeds voltooide werk. Duidt dit niet toch op de visie van de HR en Cremers, dat er alleen maar afstand van recht wordt gedaan en dat in casu lid 2 ongegronde verrijking beoogt te voorkomen? De Toelichting is dubbelzinnig. Op blz. 1081 wordt duidelijk gesproken van 'het beëindigen van de overeenkomst', hetgeen, nu het werk afgeleverd moet worden en de prijs - in beginsel - betaald, hoogstens beëindiging voor de toekomst kan betekenen. Op blz. 1082 geeft de opsteller echter als zijn mening dat de opzegging slechts een beperkte invloed heeft op de verplichting van de aanbesteder om de aannemingsprijs te betalen. 'De opzegging brengt geen verandering in de aard van die schuld, wél - in de meeste gevallen - in de omvang'.

Het lijkt mij toe dat er sprake is van een echte opzegging[29]. De opmerking over de aard van de schuld is bij nader inzien niet vol te houden. Als slechts de omvang van de schuld zou veranderen dan zou de schuld voor het overige intact blijven, zoals de Toelichting ook duidelijk stelt. In het voorbeeld van de betalingsverplichting in termijnen volgens de voltooiing van fasen in het bouwschema, betekent dit dat de aannemer ná de opzegging het werk in de toestand waarin het zich bevindt (is voltooid) moet overdragen aan de aanbesteder, die dan de prijs betaalt, verminderd met de besparingen (lid 2). Daarna wordt het bouwwerk alsnog afgemaakt of niet. Hoe dit ook uitvalt, in tegenstelling tot datgene wat partijen hadden afgesproken, is die afbouw voor het tijdstip waarop de 'tegenprestatie' betaald moet worden niet meer relevant. Door de opzegging moest immers het 'gehele bedrag min de besparingen' ineens worden betaald. Dit gaat verder dan alleen de omvang veranderen.

De conclusie is dat in art. 1647 BW (art. 7.12.14 NBW) ontegenzegge-lijk de bevoegdheid staat tot het doen van afstand van recht. Maar die bevoegdheid bestaat ook zonder art. 1647 (of art. 7.12.14). Het bijzondere is dat de bevoegdheid wordt verschaft tot een afstand van recht die zodanig is dat de overeenkomst voor het toekomstige deel wordt beëindigd. Met andere woorden in art. 1647 en art. 7.12.14 wordt opzeg-gen gebruikt in de betekenis welke in nr. 2.2 is aangegeven.

3.7 ARBEIDSV ERHOUDING BBA 1945

3.7.1 Arbeidsovereenkomst

Onder arbeidsverhouding wordt in het Buitengewoon Besluit Arbeids-verhoudingen 1945 (Stb. F 214) verstaan de rechtsbetrekking die voort-vloeit uit een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a BW alsmede

elke andere rechtsbetrekking welke voor iemand de verplichting medebrengt om voor een ander persoonlijk arbeid te verrichten in een min of meer afhankelijke positie.

De partijhandeling waardoor de arbeidsovereenkomst te rekenen vanaf een zeker tijdstip voor het toekomstige wordt beëindigd met instandhouding van het overige deel van de overeenkomst, wordt in de wetgeving met verschillende woorden aangeduid:

opzegging: art. 1637k; 1639e lid 2 onder 2°; 1639f lid 2; 1639g; 1639h; 1639i; 1639j; 1639m; 1639n lid 1; 1639o; 1639v BW; art. 40; 239 F;

'voorafgaande opzegging': art. 1639e lid 2; 1639f lid 3 BW;

'tijdige opzegging': art. 1639f lid 2 BW.

beëindigen[30] c.a.: art. 1637ij; 1637k; 1637x; 1638dd lid 5; 1639f lid 3; 1639o lid 5; 1639n lid 2; 1639r lid 1; 1639s leden 2 en 3; 1639u lid 2; 1639w lid 2 BW; art. 164 en 274 BW;

art. 21 leden 2 en 3 WOR[31];

art. 6 BBA.

doen eindigen: art. 1638aa lid 2; 1639g; 1639m; 1639n, lid 1; 1639o; 1639s lid 1; 1639t BW;

art. 2, 3, 4, 6 en 7 Wet MCO 1975;[32]

ontslag:[33] art. 6 lid 4 en lid 8 Wet MCO 1975.

Met dit overzicht wordt niet gepretendeerd volledig te zijn. Helaas is het woordgebruik niet alleen nodeloos verschillend maar heeft dit verschil zijn wortels in een misverstand hetgeen ook vandaag nog aanleiding geeft tot verwarring.

In hoofdstuk 2 zijn de bepalingen van de artikelen 1639e, 1639f en 1639g al aan de orde geweest. De kern van de problematiek is gelegen in het eerste lid van art. 1639o BW: ieder der partijen kan de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen doen eindigen... (etc). Deze formulering roept de vraag op wat onder opzegging dient te worden verstaan, nu men immers ook zonder opzegging kan doen eindigen alsook met opzegging zonder daarbij de voor opzegging geldende bepalingen in acht te nemen. Volgens Kamphuisen had de wetgever de woorden 'zonder opzegging of' beter weg kunnen laten[34]. Of dit waar is zal afhangen van het feit of dat past in de in de regeling van art. 1639e e.v. gehanteerde systematiek. Om die systematiek te achterhalen is het noodzakelijk terug te gaan naar de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst, zoals die in 1907 zijn beslag heeft gekregen. Zonder erg overtuigende motivering had men tijdens de parlementaire behandeling overwogen dat de dienstbetrekking voor onbepaalde tijd aangegaan, door iedere partij door opzegging, zonder opgaaf van redenen, kon worden beëindigd, hetgeen in art. 1639g werd vastgelegd[35]. Daarnaast bracht de aard van de arbeidsovereenkomst mede dat het doen voortduren van de dienstbetrekking voor een van beide partijen zo ondragelijk kan worden, dat het mogelijk moet zijn dat aan die rechtsverhouding onmiddellijk een eind gemaakt kan worden, zelfs als volgens het contract, al of niet samenhangende met het gebruik, een opzegtermijn geldt of opzegging nog lang niet mogelijk is. Iets dergelijks was al in onze wetgeving bekend. Het oude art. 1639 bevatte het zogenaamde dienstbodenrecht, volgens welk de meester bevoegd was om zijn dienst- of werkbode te allen tijde weg te zenden, onder betaling van een schadeloosstelling

Terminologie t.a.v. het begrip opzegging

van zes weken loon. De dienst- en werkboden mochten hun dienst echter slechts om wettige redenen verlaten op straffe van verbeurte van het verdiende loon[36].

Het bijzondere is hier dat handelen in strijd met het overeengekomene de overeenkomst doet eindigen, hetgeen eigenlijk tegen de essentie van het contractenrecht indruist (vgl. art. 1374 BW). Deze contractbreuk vond, gelijk in het oude dienstbodenrecht al stond aangegeven, op verschillende wijze plaats al naar gelang dit door de werkgever of door de werknemer geschiedde. De werkgever moest uit de aard der zaak altijd een mededeling doen: wegzenden, niet toelaten tot het werk. De werknemer daarentegen kan ook zonder mededeling aan de relatie een eind maken. De dienstbode kan heimelijk haar koffer pakken en naar haar ouders teruggaan; de arbeider kan gewoonweg niet meer op het werk verschijnen of halverwege weggaan. Dit lag ook het meest voor de hand: de werknemer zal er tegenop hebben gezien de patroon in het gezicht te zeggen dat hij ermee kapte of iets dergelijks.

In het ontwerp Drucker is dit verschil tot uiting gebracht in de artikelen 54 en 56, die respectievelijk reppen van 'indien de werkgever de dienstbetrekking eigenmachtig verbreekt door de arbeider te ontslaan... (etc.)' en van 'indien de arbeider de dienstbetrekking eigenmachtig verbreekt door de dienst te verlaten... (etc)'. In het oorspronkelijke regeringsontwerp heeft men deze bepalingen samengevoegd, omdat het er niet toe doet op welke wijze de dienstbetrekking wordt beëindigd: uitdrukkelijk of stilzwijgend. Blijkbaar teruggrijpend op de oude tekst van het ontwerp Burg. Wetboek van 1820[37] werd de nieuwe tekst: 'Eigenmagtige verbreking der dienstbetrekking door eene der partijen doet deze wel eindigen,...(etc)'. Helaas behield men de term verbreken, blijkbaar onder de indruk van het feit dat bij de arbeidsovereenkomst, in tegenstelling tot het algemene contractenrecht, feitelijk handelen of nalaten de overeenkomst kan doen eindigen. Natuurlijk hield ook dit feitelijk handelen een rechtshandeling in en zelfs is door Minister Van Raalte herhaaldelijk uitgesproken dat het hier om een eenzijdige wilsverklaring gaat, die het einde teweegbrengt[38]. De nieuwe tekst werd door Minister Van Raalte echter opnieuw gewijzigd, omdat 'eigenmachtig verbreken' te veel de gedachte aan onrecht, willekeur opriep en bovendien niet duidelijk deed uitkomen dat niet elke contractbreuk als een uiting van een op beëindiging gerichte wil kan worden opgevat[39]. Daarom is gekozen voor het neutrale 'doen eindigen'. Aangenomen moet worden dat de woorden 'zonder opzegging' en 'zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen' in de tekst zijn opgenomen om de in het ontwerp Drucker tot uiting gebrachte bijzonderheid van deze bepaling te behouden, nu een neutrale uitdrukking dat niet kan doen. Vanuit deze optiek zou verdedigd kunnen worden dat 'zonder opzegging' primair betrekking heeft op het doen eindigen door de arbeider en 'zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen' op het doen eindigen door de werkgever, (die immers wél zal opzeggen, omdat dat niet anders kan, wanneer men iemand wegstuurt, de toegang ontzegt, etc.).

Hoe dit ook zij, het is duidelijk dat 'opzegging' hier gebruikt wordt in de betekenis van uitdrukkelijke wilsverklaring. Dit blijkt nog eens duidelijk uit het bezwaar dat de heer Van Idsinga had tijdens beraadslagingen in de Tweede Kamer tegen het feit dat men zonder opzegging kon

doen eindigen, want dit zou ten koste gaan van de rechtszekerheid. Zijn standpunt was kort gezegd dit: verbreken kan altijd, als je het maar even laat weten. Door de minister is dit echter uitdrukkelijk verworpen, met daarom handhaving van de voorgestelde tekst[40].

Aangezien men slechts kan doen eindigen met inachtneming van een termijn, dag waartegen, etc. door het doen van een uitdrukkelijke mededeling, is er in 1907 een op zichzelf sluitend systeem ontstaan, dat in zijn wezen hierop neerkomt dat de rechtshandeling als zodanig, zoals in nr. 2.2 afgeleid, wordt aangeduid met 'doen eindigen', en de uitdrukkelijke mededeling met 'opzegging'. Dit voert mij tot de conclusie dat de hierboven aangehaalde opmerking van Kamphuisen onjuist moet worden geacht. Weliswaar is zijn opmerking, dat iedere gewilde beëindiging een opzegging inhoudt, in zoverre juist dat het onzin is onderscheid te maken tussen uitdrukkelijke en stilzwijgende wilsverklaring, maar dat neemt niet weg dat de wetgever van 1907 dat nu eenmaal wél gedaan heeft. Uitvoering van Kamphuisen's voorstel betekent het introduceren van het woord opzegging 'in de algemeen daarvoor geldende betekenis'. Nu zou ik daar sterk vóór zijn, maar dan kan men niet volstaan met het weglaten van drie woordjes. In feite zou zelfs de ongerijmdheid optreden dat art. 1639o de zelf tot voor de opzegging geldende bepalingen zou gaan behoren.

Het wettelijk woordgebruik gaf van het begin af aan al aanleiding tot verwarring. In 1912 vraagt Kingma Boltjes[41] zich af of aan opzegging in de regeling betreffende het einde van de arbeidsovereenkomst een ruime of een enge betekenis moet worden toegekend. Onder opzegging in enge zin verstaat hij de simpele mededeling 'dat men de overeenkomst als geëindigd beschouwt'; onder opzegging in ruime zin de mededeling die inhoudt dat men de overeenkomst over enige tijd beëindigt, zodat de wederpartij van te voren gewaarschuwd wordt. Deze ruime betekenis acht hij de meer gebruikelijke. De wetgever heeft dit echter duidelijk niet gewild, zoals al uit de redactie van art. 1639l (oud) blijkt: indien een proeftijd is bedongen, is gedurende die tijd ieder der partijen bevoegd door opzegging de dienstbetrekking onmiddellijk te doen eindigen. Bovendien bestond er geen consequente praktijk in de jurisprudentie omtrent de vraag of bij opzegging in het algemeen een termijn vereist werd of niet[42].

Bij de wijziging van 1953 geeft de wetgever zijn uit 1907 stammende systematiek prijs. Vanwege de congruentie met art. 1639o wordt de tekst van lid 1 van art. 1639l (dat tevens wordt omgenummerd tot 1639n) gewijzigd in: indien een proeftijd is bedongen, is ieder der partijen, zolang die tijd niet is verstreken, bevoegd de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen te doen eindigen. De achtergrond van deze verandering is wellicht te achterhalen uit het standpunt dat de voorzitter van de Commissie ter voorbereiding van het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen betreffende het ontslag bij arbeidsovereenkomsten, prof. mr. M.G. Levenbach, innam. Levenbach stelt tegenover elkaar het algemene begrip opzegging (van Kamphuisen, zonder dat hij expliciet naar deze verwijst) enerzijds en anderzijds de opzegging die inhoudt 'een op een toekomstig tijdstip gerichte mondelinge of schriftelijke wilsverklaring'[43]. Een keuze maakt hij niet, omdat hij met Meijers van oordeel is dat de bedoeling van de zinsnede van art. 1639o lid 1 toch wel duidelijk is en verandering

alleen maar nieuwe interpretatievragen op zou roepen[44]. Hoe dit verder zij, feit is dat ten aanzien van het opzeggingsbegrip in het ontslagrecht sedert 1953 geen sluitend systeem meer te ontdekken is. Hierboven noemde ik al de opvattingen van Kingma Boltjes, Levenbach en Kamphuisen. Meijers[45] meent dat opzegging staat voor 'uitdrukkelijke opzegging', evenals Zonderland,[46] die een stilzwijgende opzegging, gezien het belang van het duurcontract, zo te zien niet passend acht, Pitlo[47] en Bakels[48]. Tot degenen die opzegging uitleggen als 'mededeling met inachtneming van een opzegtermijn' behoren Van der Grinten[49] Frenkel[50] en - als ik hem goed begrijp - Rood[51], die voor de eenzijdige beëindiging zonder opzegging de term 'non-opzegging' voorstelt. De Leede[52] onderscheidt ten aanzien van het woord opzeggen in de wet twee verschillende betekenissen, te weten: uitdrukkelijk mededelen (art. 1639o lid 1) en rechtshandeling zonder meer (art. 1639h).

Communis opinio bestaat er wél omtrent het karakter van dit wettelijk woordgebruik: het is nodeloos ingewikkeld en verwarrend. Gelijk Kamphuisen acht Van der Grinten[53] het beter dat elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een eenzijdige partijhandeling als opzegging wordt aangemerkt. In dezelfde zin De Leede en ook Bakels[54], die het onderscheid tussen de uitdrukkelijke en stilzwijgende rechtshandeling ongebruikelijk en ondoelmatig acht:[55] 'zo zeggen wij bijvoorbeeld dat een overeenkomst ontstaat door acceptatie van een aanbod. We zeggen niet dat een overeenkomst 'door acceptatie' (uitdrukkelijke aanvaarding), dan wel 'zonder acceptatie' (stilzwijgende aanvaarding) van een aanbod ontstaat. Terecht niet, een dergelijke onderscheiding zou alleen maar verwarring wekken'. Hij wijst er bovendien op dat aan dit onderscheid in de rechtspraak geen betekenis wordt gehecht.

Hierboven (nr. 2.4, vermeldde ik al de visie van Naber, die onder opzegging in art. 1639e lid 2 BW, een waarschuwing wil verstaan, evenals de opsteller van wetsontwerp 13656, een standpunt dat verder door niemand wordt verdedigd. De Leede[56] heeft er zijn verbazing over uitgesproken dat de MvT deze tournee niet vergezeld doet gaan van een wijziging van het woordgebruik in art. 1639e lid 2. Terecht, aangezien er op deze wijze in dezelfde regeling naast de drie reeds bestaande 'opzeggingsbegrippen' een vierde zou worden toegevoegd!

Het zal duidelijk zijn dat ik mij bij Van der Grinten, Bakels en De Leede aansluit, conform hetgeen ik reeds in nr. 2.2 stelde. Bovendien breng ik de tekst van art. 2663 van het ontwerp van 1820 in herinnering. De verbreking, de non-opzegging, het doen eindigen (zonder uitdrukkelijke mededeling en) zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen, zou ik evenals De Leede een buitengewone opzegging[57] willen noemen.

3.7.2 Arbeidsverhouding art. 6 BBA

De term beëindiging in het BW zal niet gauw tot problemen leiden. Meijers' opmerking dat de bedoeling wel duidelijk is, gaat hier klaarblijkelijk op. Anders is dat geweest met het gebruik van de term in het BBA 1945. Art. 6 lid 1 luidt: Het is de werkgever en de werknemer verboden de arbeidsverhouding te beëindigen zonder toestemming van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau.

Levenbach is destijds nauw betrokken geweest bij de totstandkoming

Terminologie t.a.v. het begrip opzegging

van het BBA 1945 en heeft in het Sociaal Maandblad een soort Memorie van Toelichting ex post gegeven[58]. Volgens hem dient onder beeindiging in art. 6 BBA verstaan te worden het actieve slaken van de band van de werkgever of de werknemer. Deze handeling vindt plaats (want het is immers pas voltooid) op het moment waarop de band feitelijk tot een einde komt, en staat als zodanig tegenover opzegging met een termijn, welke immers slechts een voorbereidende handeling vormt. Wat Levenbach met 'actief slaken' precies bedoelt, wordt wellicht duidelijker wanneer we zijn argumenten voor zijn standpunt bekijken. Deze zijn:

1. Het BW kent de beeindiging door opzegging (art. 1639g). Opzegging is dan, volgens Levenbach, de vorm waarin de beeindiging plaatsvindt. Ook zonder opzegging kan worden beeindigd, zoals in art. 1639o staat opgenomen. Onder opzegging verstaat Levenbach dus het begrip uit het BW waarin hij zo te zien kiest voor de betekenis van mededelen met inachtneming van een termijn. Opzegging is niet beeindigen, maar een verklaring dat een partij op het bij de opzegging genoemde tijdstip wenst te beeindigen, welke verklaring dan ook normaliter dat gevolg heeft, aldus Levenbach.

2. Het is door de wetgever niet beoogd, en het zou ook weinig fraai zijn, indien men door de opzegging alleen alleen strafbaar feit[59] zou plegen, ook al zou men die op protest van de wederpartij later weer intrekken en de rechtsverhouding kalm laten voortbestaan.

3. Indien beeindigen moet worden opgevat als opzegging, dan zou dit tot gevolg hebben dat de in acht te nemen opzegtermijn wordt verlengd met de tijd welke verloopt tussen het moment van aanvragen van de toestemming en het moment waarop die toestemming wordt verleend. Dit is door de besluitwetgever niet bedoeld.

Argument 2 vestigt de aandacht op het feit dat de beeindigingshandeling zonder toestemming strafbaar is gesteld. Dit wijst op een feitelijk handelen. Aan de andere kant moet worden vastgesteld dat handelingen in strijd met het verbod gedaan, nietig zijn (art. 9 lid 1 BBA). Alleen rechtshandelingen kunnen nietig zijn, hetgeen zou betekenen dat de opzegging nietig is, wanneer op het moment waartegen opgezegd is, nog geen toestemming is verkregen. Het alsnog verkrijgen van toestemming heeft dan geen zin meer omdat een geldige opzegging ontbreekt. Of alleen de clausule in de opzegging waarbij het tijdstip waartegen wordt genoemd, is nietig. Maar dan geldt er geen termijn en moet de opzegging het einde onmiddellijk teweegbrengen. Hetgeen dus weer nietigheid van de gehele rechtshandeling meebrengt. Dat dit allemaal weinig fraai is behoeft nauwelijks betoog. Levenbach's argumentatie laat blijken dat hij zelf ook de draad is kwijtgeraakt. Als de opzegging zou zijn bedoeld, zo zegt hij, dan zou men zonder toestemming daarvoor alleen daarom al strafbaar zijn, ook al indien men de opzegging herroept of feitelijk de dienstbetrekking laat bestaan. Levenbach verliest hier kennelijk uit het oog dat in het aangenomen geval dat de beeindiging de opzegging is, de opzegging nietig is en er voor de opzeggende partij - al of niet na protest door de wederpartij - niets in te trekken valt (hooguit een excuus te maken).

Het derde argument heeft tot bezwaar dat de wederpartij van degene die opzegt geen zekerheid heeft of de relatie zal worden beeindigd, zolang de toestemming niet is verleend. Als ondertussen de opzegtermijn

verstrikt, komt dat in strijd met de bedoeling van de minimumopzegtermijn die de wetgever (en wellicht ook de opzeggende partij zelf) de wederpartij heeft toegedacht. Voor de werknemer betekent het immers dat hij gedurende een zekere tijd de gelegenheid krijgt, naar ander werk te zoeken. In de door Levenbach gehuldigde opvatting komt van die bedoeling niet veel terecht. Levenbach acht dit bezwaar maar gering, want er zullen toch alleen maar opgelegde gevallen aan de directeur GAB worden voorgelegd, gezien de preventieve werking die er van het ontslagverbod zou uitgaan. In de gevallen waar desalniettemin onredelijkheid zou optreden zou de toestemming onder zodanige tijdsbepaling moeten worden gegeven, dat er een zekere opzegtermijn overblijft. Voor de HR bleek dit een jaar later een onaanvaardbare oplossing, zodat in HR 19 november 1948, NJ 1949, 86, werd beslist dat beëindiging in de zin van art. 6 BBA begrepen moest worden als de rechtshandeling.

Blijft over argument 1. Het merkwaardige is hier dat Levenbach tegenover elkaar stelt het doen eindigen met en zonder opzegging, zoals dat in art. 1639o te lezen staat. Welk licht dat moet werpen op zijn conclusie dat beëindiging het actieve slaken van de band is, is niet duidelijk. Het is zeker niet te identificeren met het doen eindigen zonder opzegging (verbreking), want ook dat is slechts de vorm waarin de beëindiging plaats vindt en het is zonder meer duidelijk dat het voor de toepasselijkheid van het beëindigingsverbod geen verschil maakt of er nu met of zonder termijn, uitdrukkelijk of stilzwijgend wordt beëindigd. Het gaat er Levenbach zo te zien om tegenover elkaar te stellen de rechtshandeling als zodanig (inhoudende de wens tot het niet verder voortzetten van de relatie) en de uitvoering van die wens door het laten intreden van de beoogde toestand. Nu zou men die beoogde toestand zuiver feitelijk kunnen opvatten, met als argument dat dat de uiteindelijk beoogde toestand is. Het zou dan gaan om het feitelijk beëindigen van de arbeidsverhouding[60]. Voorzover Levenbach dat bedoeld zou hebben, is hiertegen in te brengen dat dit niet klopt met de definitie van arbeidsverhouding in art. 1 BBA die spreekt van rechtsbetrekking. Bovendien zou dit beëindigen ook plaatsvinden bij het eindigen van rechtswege[61], hetgeen door Levenbach zelf ontkend wordt[62]. De vraag is vervolgens of het denkbaar is dat met de beoogde toestand het einde van de rechtsbetrekking kan worden bedoeld. De vraag komt hierop neer, of er na het doen van de mededeling aan de wederpartij nog plaats is voor een activiteit van de opzeggende partij die de rechtsbetrekking daadwerkelijk doet eindigen en bij afwezigheid waarvan de rechtsbetrekking doorloopt. Ik zie niet in hoe een bevestigend antwoord mogelijk zou zijn[63]. Het omgekeerde wèl, feitelijke voortzetting van de relatie kan de rechtsbetrekking doen doorlopen (zie nr. 4.5.2) maar een opzegging in twee trappen vermag ik niet te begrijpen.

Ik kan dan ook niet anders dan concluderen dat de besluitwetgever met beëindiging slechts de opzegging kan hebben bedoeld. Waarschijnlijk heeft verwarring tussen het onderscheid opzegging als neutraal begrip en opzegging in de betekenis van mededeling met inachtneming van een termijn, Levenbach parten gespeeld[64]. Zoals al vermeld staat de HR op het standpunt dat met beëindigen de rechtshandeling, de mededeling door de HR met opzegging aangeduid[65], moet zijn bedoeld.

In het w.o. 13656 (stekkende tot wijziging van de bepalingen omtrent de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten) wordt het ontslagverbod

Terminologie t.a.v. het begrip opzegging

van het BBA ondergebracht in een nieuw (monsterachtig) art. 1639f. De term beëindiging wordt gehandhaafd en af en toe wordt 'doen eindigen' als synoniem gebruikt. Dit is mijns inziens terecht aangezien in de regeling van het BW doen eindigen het algemene opzeggingsbegrip aangeeft.

Frenkel[66] heeft voorgesteld om in 1639f het woord opzegging te gebruiken in plaats van beëindiging omdat dit tot vereenvoudiging en meer duidelijkheid zou leiden. Hem moet toegegeven worden dat in de gevallen waarin in art. 1639e en volgende slechts door opzegging kan worden beëindigd, de toestemming nodig is (dus inderdaad niet tijdens de proeftijd en wegens een dringende reden). Maar hij loopt vast in het geval de werkgever doet eindigen zonder opzegging, terwijl er geen sprake is van een dringende reden. Hij meent dat de tekst van art. 1639o, zoals die zou moeten worden gewijzigd, dat probleem oplost, maar overtuigend is dat niet. In één zin bevat zou Frenkels oplossing luiden: onverminderd de bevoegdheid van de arbeider overeenkomstig art. 1639f de nietigheid in te roepen van de opzegging, kan ieder der partijen de dienstbetrekking zonder opzegging (of...) doen eindigen. Wat dit de arbeider voor recht verschaft als hij zonder opzegging is weggezonden, is onduidelijk.

Terecht wordt in het voorgestelde art. 1639f de term beëindiging gebruikt. Of dit bewust zo is geschied kan betwijfeld worden, gezien het feit dat in lid 8 gesteld wordt dat de arbeider de nietigheid van de beëindiging kan inroepen gedurende twee maanden na de opzegging of na de beëindiging der dienstbetrekking indien de werkgever deze anders dan door opzegging heeft doen eindigen. Hier wordt gesuggereerd dat het moment waarop opgezegd wordt verschillend is van het moment waarop wordt beëindigd. De zaak wordt nog onduidelijker omdat de MvT op blz. 15 te kennen geeft dat het voorgestelde art. 1639f geen betrekking heeft op de opzegging. De opvatting strijdt met de tekst van art. 1639f zelf. Deze verwarring brengt de opstellers vervolgens tot de conclusie dat overtreding van de bepalingen van art. 1639f niet tot de toepasselijkheid van art. 1639o kan leiden (MvT blz. 15). Daargelaten of deze bewering op zichzelf hout snijdt, kan ik niet inzien waarom een bepaling die beëindiging verbiedt geen deel uit kan maken van de voor de opzegging geldende bepalingen, nu onder beëindiging onder meer opzegging moet worden verstaan. Een werkgever, die wenst op te zeggen (in de zin van art. 1639g) wordt dat immers verboden (niet de uitvoering van die opzegging, dus de feitelijke beëindiging).

Door De Leede[67] is er op gewezen dat de HR zijn uitspraak, dat art. 6 BBA niet onder de voor opzegging geldende bepalingen moet worden gerekend, heeft gebaseerd op de overweging dat de wetgever ervan uitgegaan was dat de toepassing van het BBA los staat van de regeling van het BW. Nu de wetgever dit uitgangspunt loslaat in het voorgestelde art. 1639f nieuw, meent De Leede dat het nauwelijks aan te nemen is dat de HR het nieuwe art. 1639f niet zal rekenen tot de voor de opzegging geldende bepalingen.

3.7.3 Overige regelingen betreffende de arbeidsverhouding BBA

In de Wet Melding Collectief Ontslag[68] wordt het opzeggingsbegrip (in de zin van nr. 2.2) consequent aangeduid met de term 'doen eindigen', met uitzondering van art. 8, waarin ineens gerept wordt van 'toestem-

ming tot ontslag'[69], waarbij gedacht wordt aan de toestemming van de directeur GAB in de zin van art. 6 BBA. Gezien de nauwe samenhang[70] met het BBA doet het merkwaardig aan dat niet over 'beëindigen' wordt gesproken in plaats van 'doen eindigen' en 'ontslag'.

In de regeling betreffende het einde van de agentuurovereenkomst (art. 74: K e.v.) worden de woorden beëindigen, doen eindigen en beëindiging en opzegging op één lijn gesteld.

In de Wet op de Ondernemingsraden[71] stond tot juli 1979 in art. 21 lid 2 dat '... de ondernemer de dienstbetrekking ... niet kan doen eindigen...'. Even verder stond dan: de kantonrechter verleent de toestemming slechts indien het hem aannemelijk voorkomt dat de opzegging geen verband houdt met het lidmaatschap... etc. Lid 3 sprak hierover als 'de beëindiging'. In het wetsontwerp (nr. 13954) dat leidde tot de wijziging van de WOR bij wet van 4 juli 1979 Stb. 448, stond aanvankelijk 'door opzegging doen eindigen'. Om interpretatieproblemen te voorkomen, had D'66 voorgesteld de woorden 'door opzegging' te schrappen, zodat buiten twijfel stond dat ook de beëindiging zonder opzegging welke tot schadeplichtigheid leidt, onder het verbod wordt begrepen. De regering heeft toen bovendien 'doen eindigen' overal vervangen door 'beëindigen'.

3.7.4 Conclusie

Overzien wij het bovenstaande, dat geenszins de pretentie heeft uitputtend te zijn, kan de conclusie niet anders zijn dan dat de wetgever zich in 1907 in een moeilijke positie heeft gebracht door het niet juridisch relevante onderscheid tussen uitdrukkelijke en stilzwijgende wilsverklaring in de wet neer te leggen door de formulering: 'opzeggen' en 'doen eindigen zonder opzegging'. Van een duidelijk en consistent woordgebruik is daarna, met name vanaf de jaren veertig, geen sprake meer geweest. Het wetsontwerp 13 656 vormt in deze ontwikkeling geen bemoedigend lichtpunt. Het ware te overwegen het woordgebruik in het arbeidsovereenkomstenrecht drastisch te moderniseren.

3.8. LIJFRENT

In het NBW bepaalt art. 7.18.2 dat de gerechtigde de lijfrente kan opzeggen ingeval van wanbetaling. Het betreft hier een opzegging in de zin van nr. 2.2. Het gaat om een bevoegdheid tot eenzijdige beëindiging van de overeenkomst. Deze geldt alleen voor de toekomst. Het geeft immers recht op vergoeding van een bedrag dat vereist is voor het kopen van een gelijke lijfrente. (art. 7.18.2 laatste zin). De verwachte uitkeringsduur zal nu korter zijn dan toen de overeenkomst werd gesloten, zodat het bedrag kleiner is dan het oorspronkelijke dat de schuldenaar heeft ontvangen (bij overeenkomst onder bezwarende titel). Ook de renteutkeringen in het verleden behoeven niet te worden teruggegeven, zodat het verleden onaangetast blijft.

3.9. COLPORTAGETRANSACTIE

Voor een aantal transacties, welke het directe gevolg zijn van colportage, geldt een zogenaamde 'afkoelingsperiode'. Art. 25 van de Colportagewet 1973 (Stb. 438) bepaalt dat de overeenkomst is ontbonden zodra de consument aan de colporteur of de werkelijke leverancier heeft medegedeeld dat hij de ontbinding verlangt. Het gaat erom dat de consument beschermd wordt tegen het aangaan van verplichtingen onder invloed van de omstandigheden die colportage gewoonlijk meebrengt (overrompeling). De mededeling dat men ontbinding verlangt bezit daarom het karakter van annulering (ontbinding ex tunc). De mogelijkheid tot annulering van de overeenkomst moet in de - verplichte - akte van de transactie staan vermeld volgens een door de ministers van Economische Zaken en Justitie vast te stellen model[72]. Dit model moet tevens een formulier bevatten waarbij de genoemde mededeling kan worden gedaan [73]. Hoewel de tekst van het model[74] geen twijfel laat over het annuleringskarakter, wordt toch in de aanhef en in de nota van Toelichting gesproken over 'opzeggingsbrief' en 'opzeggen'.

3.10 LASTGEVING

Lastgeving is de overeenkomst waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever rechtshandelingen te verrichten (art. 1829 BW; art. 7.7.2.1 NBW). De overeenkomst eindigt door 'herroeping van de volmacht' en 'door de opzegging van de last door de lasthebber'. (art. 1850 sub 1 en 2). Coehorst vindt de term herroeping niet erg gelukkig en beter passend bij de volmacht[75]. Hij spreekt daarom hier liever van 'opzegging van de lastgeving'. Overigens is het zo dat herroeping van de volmacht een stilzwijgende opzegging van de lastgeving kan inhouden.

3.11 ENKELE NIET-CONTRACTUELE VERHOUDINGEN

Het woord opzegging komt in de wetgeving, overeenkomstig het spraakgebruik, eveneens voor bij de regeling van relaties die niet uit een overeenkomst in de zin van art. 1356 BW voortvloeien. Dit is onder andere het geval bij:

Lidmaatschapsverhoudingen

Art. 35 BW bepaalt dat het lidmaatschap van een vereniging eindigt door onder andere opzegging door het lid, opzegging namens de vereniging en door ontzetting. Vergelijking van de leden 1 en 2 van art. 35 leert dat ontzetting een specialis is van de opzegging namens de vereniging. De opzegging door het lid is geregeld in art. 36 (zie art. 61).

Volmacht

Het NBW spreekt in art. 3.3.11 over het einde van de volmacht, zijnde de bevoegdheid om in naam van degenen die de volmacht gegeven heeft, rechtshandelingen te verrichten (art. 3.3.1). De volmacht eindigt door herroeping door de volmachtgever en door opzegging van de gevolmacht-

tigde. Het woordgebruik is kennelijk geïnspireerd door het huidige art. 1850 BW dat ziet op het einde van de overeenkomst van lastgeving[76].

Erfpacht

In art. 779 BW wordt gesproken van het blijven bestaan van het erfpachtrecht tot wederopzegging toe. De Hoge Raad (27 november 1953, NJ 1954, 129) heeft te kennen gegeven dat door de opzegging eenzijdig een eind aan het recht gemaakt kan worden, Met dien verstande dat een verklaring waarin de aanduiding ontbreekt van het tijdstip waarop naar de wil van de eigenaar een einde zal komen aan de rechtsverhouding, geen opzegging is. Zie voorts het NBW art. 5.7.1.2 t/m 5.7.1. 2b.

In al deze gevallen wordt opzegging gebruikt ter aanduiding van de wilsverklaring die de bestaande rechtsrelatie voor de toekomst beëindigt met instandhouding van het verleden.

3.12 CONCLUSIE

In het wettelijke taalgebruik wordt het woord opzegging voor verschillende rechtsfiguren gebruikt en wordt de figuur, die in nr. 2. 2. als opzegging is gedefinieerd, met verschillende termen (waaronder opzegging) aangeduid. Het woord opzeggen wordt ook gebruikt in de regeling van niet-contractuele verhoudingen. Hiertegen bestaat geen enkel bezwaar, te meer niet omdat het in die gevallen om eenzijdige rechtshandelingen gaat die de relatie voor de toekomst beëindigen. Ten aanzien van de contractuele relaties wordt het woord opzegging meestal gebruikt ter aanduiding van de in nr. 2.2 omschreven rechtshandeling, maar daarnaast ook ter aanduiding van de eenzijdige handeling welke slechts een afstand van recht inhoudt (3.4.1) en ter aanduiding van een aanbod tot een beëindigingsovereenkomst (3.3) en een annulering (3.9). Bovendien wordt in de regeling betreffende de arbeidsovereenkomst het woord opzegging gebruikt in de betekenis van uitdrukkelijke rechtshandeling, waarbij verschil van mening bestaat of hierbij het inacht nemen van een termijn een essentieel bestanddeel van die handeling is (3.7.1).

Aan de andere kant wordt het begrip opzegging, de rechtshandeling, met verschillende woorden aangeduid, waarbij men zich kan afvragen of hiermee de rechtshandeling zelf wordt bedoeld (zoals bijv: terugvorderen) of 'slechts' een gevolg (zoals bijv. afkopen), hetgeen een stilzwijgende rechtshandeling kan inhouden.

Hoewel verklaarbaar door het feit dat de wet een abstract opzeggingsbegrip als zodanig niet kent (zie de nrs. 2.2 t/m 2.4) en door de omstandigheid dat de meeste regelingen van verschillende oorsprong zijn en in verschillende tijdschriften tot stand zijn gebracht, is deze inconsequentie te betreuren. Een van de eisen die Polak stelt aan de hanteerbaarheid van wetgeving, is dat er sprake is van eenheid in term- en begripsgebruik[77]. Het huidige BW schiet daarin schromelijk te kort[78], en helaas brengt ook de nieuwe codificatie, naar het zich laat aanzien, niet die verbetering welke men had mogen verwachten[79]. Aanpassing van met name enkele regelingen, die uiteindelijk een groot gedeelte van Boek 7 van het NBW zullen uitmaken, verdient aanbeveling.

Bestaan van een opzeggingsbevoegdheid

4.1 INLEIDING

Het doen van een mededeling dat men een overeenkomst wenst te beëindigen, heeft in het algemeen niet tot gevolg dat de overeenkomst (het geheel van rechten en plichten dat uit een afspraak voortvloeit) tot een einde komt. Dit is slechts wel het geval, althans kan slechts het geval zijn, als er in beginsel een bevoegdheid tot het doen eindigen van de overeenkomst door een dergelijke mededeling bestaat. In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde wanneer naar geldend recht moet worden aangenomen dat een bevoegdheid tot doen eindigen van een overeenkomst voor de toekomst met instandhouding van het verleden door een eenzijdige mededeling bestaat. Deze vraag zal eerst in het algemeen aan de orde worden gesteld, dat wil zeggen voor overeenkomsten die niet in de wet zijn 'benoemd' (geregeld).

Voor een aantal contracten bevat de wet bepalingen die een opzeggingsbevoegdheid (al of niet dwingend) toekennen aan een of beide partijen, of die een opzeggingsbevoegdheid juist ontfangen. Het merendeel van deze bepalingen zal eveneens worden behandeld, zij het meestal zeer in het kort, om te bezien of die bepalingen een zekere samenhang vertonen, die wellicht als een belangrijke aanwijzing van de heersende rechtsovertuiging zou kunnen worden beschouwd. Ik heb mij hierbij beperkt tot die overeenkomsten, welke uiteindelijk in Boek 7 (N)BW zullen worden opgenomen, met het accent op het huidige recht, en de regelingen welke in het ontwerp Invoeringswet Boek 7 NBW (nr. 17 779) voorkomen. De materie van Boek 8 en van de bijzondere wetten, die buiten het (N)BW contracten regelen, zijn immers te specifiek op hun eigen doelstelling gericht en te weinig representatief. Voor Boek 8 geldt dat er veel internationale verbanden bestaan, terwijl bij de bijzondere wetten meestal van een inbedding in een bestuursrechtelijk kader sprake is (zie bijv. Toel. blz. 1217).

Het bestaan van een opzeggingsbevoegdheid kan in voorkomende gevallen de vraag oproepen of die bevoegdheid zich uitstrekt tot een bepaalde modaliteit van de opzegging, zoals bijvoorbeeld een voorwaardelijke opzegging. Deze 'soorten' opzegging zullen daarom in de eerst volgende paragraaf aan de orde worden gesteld.

4.2 ENKELE 'SOORTEN OPZEGGING'

Ten aanzien van de rechtshandeling opzegging kunnen zich bijzondere omstandigheden voordoen, die wel worden aangeduid met een bijvoeglijk naamwoord als zou het een eigenschap van de handeling zelf betreffen. In een aantal gevallen is dit minder juist, hoewel uit een oogpunt

van naamgeving voor de betreffende problematiek erg bruikbaar. In dit voetspoor tredend spreek ik gemakshalve van 'soorten opzegging'.

Het is denkbaar dat iemand een overeenkomst slechts gedeeltelijk voor de toekomst wil beeindigen (gedeeltelijke opzegging): bijvoorbeeld het vanaf een zeker tijdstip goedkoper laten uitvoeren van een bouwwerk door de aannemer[1]. Ook is het mogelijk dat men zijn wil om te beëindigen niet door middel van een uitdrukkelijke mededeling kenbaar maakt aan de wederpartij, maar dit doet langs meer indirecte weg in de vorm van een bepaalde gedraging. Aldus kan men spreken van een stilzwijgende opzegging[2], die eveneens gelegen kan zijn in een nalaten van een bepaalde gedraging. Wanneer een overeenkomst wordt opgezegd tegen een tijdstip dat vroeger valt dan partijen zich als het normale einde van hun overeenkomst hadden voorgesteld, dan wordt wel gesproken van een 'tussentijdse opzegging'[3]. In juridisch opzicht is deze aanduiding van geen belang.

Wel van belang is de opzeggingsfictie: door de wet of de partijafsprake wordt aan het zich voordoen van bepaalde omstandigheden het gevolg verbonden dat een van partijen geacht wordt op te zeggen. Het belang van een dergelijke fictie kan gelegen zijn in het voorkomen van onduidelijkheid ingeval zich gemakkelijk de vraag kan voordoen of een partij wellicht stilzwijgend heeft opgezegd: bijvoorbeeld: het niet tijdig betalen van de premie voor een komende premietermijn geldt als opzegging van de verzekeringnemer tegen het einde van de lopende periode. Een zeer bijzondere opzeggingsfictie komt voor in de regeling van de arbeidsovereenkomst. Volgens artikel 1637k BW wordt de weigering van de arbeider om een verklaring af te geven dat hij zich verenigt met de vaststelling of wijziging van een reglement door de werkgever aangemerkt als een opzegging van de dienstbetrekking tegen de dag dat het reglement of de wijziging in werking zal treden[4].

Bij een drietal andere 'soorten' zal hieronder ietwat uitgebreider worden stilgestaan.

Voorwaardelijke opzegging

Rechtshandelingen kunnen onder tijdsbepaling of onder voorwaarde worden verricht, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit[5]. De tijdsbepaling en de voorwaarde kunnen wat de opzegging betreft betrekking hebben op ofwel de handeling zelf ofwel op het effect van de handeling (t.w. het intreden van het einde van de overeenkomst). Dat het effect onder tijdsbepaling optreedt is een algemeen geaccepteerd verschijnsel. Wanneer een opzegtermijn in acht genomen wordt dan betekent dit dat het effect van de opzegging pas intreedt als de termijn verlopen is. Een voorbeeld met betrekking tot een opzegging die geschiedt onder tijdsbepaling van de handeling zelf: ik zeg u op met een termijn van drie weken met dien verstande dat deze opzegging eerst van kracht wordt op 1 februari van het komend jaar. Hoewel een en ander wat gekunsteld aandoet lijkt mij deze manier van opzegging geen bezwaar te ontmoeten, tenzij zij in strijd komt met de strekking van een dwingende wetsbepaling (bijvoorbeeld het ontslagverbod ten opzichte van een werknemer tijdens diens ziekte, zie hieronder nr. 4.5.1). Voorbeelden van een opzegging onder voorwaarde ten aanzien van de opzeggingshandeling zelf zijn: ik zeg u op (bijvoorbeeld met een termijn van drie maanden) voor het geval u zakt voor uw examen;

voor het geval mijn leverancier failliet gaat; voor het geval ik geen subsidie krijg. Voorbeelden van een opzegging onder voorwaarde ten aanzien van het effect: ik zeg u op tegen het einde van het schooljaar indien het aantal leerlingen alsdan hetzelfde gebleven zal zijn; ik zeg u op tegen het moment waarop mijn vergunning mocht worden ingetrokken.

Zijn voorwaardelijke opzeggingen toelaatbaar? De Hoge Raad achtte in zijn arrest van 23 november 1956 (NJ 1957, 4) een opzegging van een werknemer door zijn werkgever onder voorbehoud van het verkrijgen van toestemming van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau geldig, zij het dat een redelijke toepassing van art. 6 lid 1, BBA 1945 in zijn visie medebracht dat de onder genoemd voorbehoud gedane opzegging eerst werkt vanaf het ogenblik dat die toestemming - aan welke geen terugwerkende kracht kan worden verleend - ter kennis van de werknemer is gekomen. De Hoge Raad vindt een voorwaardelijke opzegging dus toelaatbaar en alleen op grond van de bijzondere aard van de regeling betreffende de voorwaarde zelf (i.c. het vereiste van toestemming van de Dir. GAB) achtte hij een voorwaardelijke werking ten aanzien van het effect ontoelaatbaar (en converteerde dit voorzoveel nodig in een voorwaardelijke werking ten aanzien van de handeling zelf).

In zijn Toelichting bij art. 3.2.5 had Meijers gesteld dat het duidelijk was dat vooral bij eenzijdige rechtshandelingen als opzeggingen (e. a.) de aard van de rechtshandeling onvoorwaardelijke verklaringen verlangt. De minister van Justitie heeft in de M.v.A. II[6] dit standpunt genuanceerd en het bij wijze van voorbeeld toelaatbaar geacht wanneer een opzegging onder opschortende voorwaarde wordt gedaan waarbij de opzegtermijn eerst gaat lopen vanaf de vervulling van die voorwaarde, niet reeds vanaf het tijdstip van de opzegging. Het ziet er derhalve naar uit dat het NBW de voorwaardelijke opzegging ten aanzien van de handeling zelf toelaatbaar acht[7]. Ik betwijfel of dit terecht is. Het gevolg van het voorwaardelijke karakter van de handeling is dat de opzegging van kracht wordt op het moment dat het intreden van de voorwaarde aan de opgezegde partij bekend wordt of redelijkerwijs had kunnen zijn. Deze moet derhalve constant diligent zijn met betrekking tot de vraag of de voorwaarde mogelijk intreedt. Aan de andere kant is de opzeggende partij van die diligentie min of meer verlost, terwijl het in het algemeen niet valt in te zien waarom hij niet (pas) na het intreden van de voorwaarde kan opzeggen. Door het opzeggen onder voorwaarde (ongeacht of deze voorwaarde betrekking heeft op de handeling zelf of op het effect) wentelt de opzeggingslustige partij een last, die op hem zelf behoort te rusten, af op zijn wederpartij. Dit lijkt mij niet aanvaardbaar. Tenzij de wederpartij tegen die last geen bezwaar heeft natuurlijk, zodat ik kan instemmen met de regel die Van der Grinten (sprekend over de arbeidsovereenkomst) formuleerde: een voorwaardelijke opzegging is slechts geldig indien de wederpartij met het voorwaardelijke karakter instemt[8]. Op dezelfde grond is een dergelijke opzegging ook geldig te achten indien de vervulling van de voorwaarde geheel afhangt van het gedrag van de wederpartij.

Het bezwaar van Olbers[9] tegen voorwaardelijke opzeggingen dat er onzekerheid zou heersen of de opzeggende partij van de vervulling van de voorwaarde (of afloop van de tijdsbepaling) gebruik zal maken, kan ik niet delen, want ook in het geval van een voorwaardelijke opzegging

(zonder meer) is de opzeggende partij zelf gebonden aan de opzegging[10]. Zij kan daarop niet meer terugkomen. (Zie aanstonds in nr. 4.3).

Oneigenlijke/onechte opzegging

Door Suijling[11] is de term 'onechte opzegging' geïntroduceerd: anders dan de echte opzegging bewerkt de onechte opzegging niet de beëindiging van de rechtsbetrekking. Zij voorkomt enkel de voortzetting of vernieuwing daarvan. Aldus Suijling. Hij noemt als voorbeeld de overeenkomst (van huur) die voor drie jaar wordt gesloten, met dien verstande dat zij telkens met een jaar zal worden verlengd, als zij niet drie maanden voor het einde van die periode van drie jaar of van een volgend lopend laatste jaar is opgezegd. Het onderscheid echte/onechte opzegging lijkt mij irrelevant. Niet is in te zien wat het verschil is tussen een 'relatie beëindigen' en een 'relatie niet voortzetten'. In het door Suijling gegeven voorbeeld is het rechtsgevolg van de onechte opzegging dat de overeenkomst na de periode van drie jaar (of enig respectievelijk volgend jaar) niet wordt voortgezet en dus tot een einde komt. Het gemaakte onderscheid is mijns inziens alleen maar te verklaren uit een onzuivere beeldvorming aangaande de begrippen overeenkomst voor bepaalde en onbepaalde tijd, die onder meer heeft geleid tot de vraag of voor het einde van een overeenkomst voor bepaalde tijd opzegging nodig was of niet. Zoals hierboven in nr. 2.4 besproken hangt het antwoord af van de vraag wat partijen (of de wet) met de term 'bepaalde tijd' bedoelen. In het door Suijling aangehaalde voorbeeld hebben partijen bedoeld dat de overeenkomst voor onbepaalde tijd doorloopt (er is immers geen grens gesteld aan het telkens verlengd worden) en door een van partijen te allen tijde kan worden opgezegd tegen een tijdstip dat ligt drie jaar na het sluiten van de overeenkomst of telkens een jaar later, met inachtneming van een termijn van drie maanden.

Buitengewone opzegging

Aldus zou men de opzegging kunnen noemen die wordt gedaan op grond van een buitengewone opzeggingsbevoegdheid. Een opzeggingsbevoegdheid te tooien met het predikaat buitengewoon heeft alleen zin als dit gebeurt om die van een (bestaande) gewone bevoegdheid te onderscheiden. Uit een overeenkomst kunnen immers twee of meer opzeggingsbevoegdheden voortvloeien, welke zich van elkaar onderscheiden doordat er verschillen bestaan met betrekking tot de van toepassing zijnde regels. Meestal zal het dan zo zijn dat er één opzeggingsbevoegdheid voor het als meest normaal geoordeelde geval bedoeld moet zijn, en één of meer opzeggingsbevoegdheden voor speciale (buitengewone) omstandigheden. Bijvoorbeeld de overeenkomst kan te allen tijde worden opgezegd met een termijn van drie maanden, doch ingeval van het uitbreken van een besmettelijke ziekte of mobilisatie met een termijn van één dag. Of: de overeenkomst wordt gesloten voor de duur van drie jaren, met dien verstande dat hij mag worden opgezegd met een termijn van drie maanden indien één van beide partijen wordt overgeplaatst en met onmiddellijke ingang wanneer een van beide op grond van een strafbaar feit onherroepelijk is veroordeeld tot een vrijheidsstraf. De laatstgenoemde opzeggingsbevoegdheid is steeds als buitengewoon te kwalificeren, omdat hij van de andere onderscheiden moet worden als die voor het minst waarschijnlijke geval bedoeld.

Er zijn voorbeelden denkbaar waarin beide opzeggingsbevoegdheden voor even buitengewone omstandigheden zijn bedoeld, in welk geval men zich, wil men de ene bevoegdheid van de andere onderscheiden, zal moeten behelpen met het telkens benoemen van die omstandigheden. Ook is het mogelijk dat er drie of meer opzegbevoegdheden voorkomen, waarbij dan wellicht de term 'extra-buitengewoon' of een andere fraaie superlatief te gebruiken is.

Het meest uitgesproken voorbeeld van een buitengewone opzegging is het door de wet mogelijk gemaakte (art. 1639o BW) 'ontslag op staande voet wegens een dringende reden'. Ingeval van een dringende reden gelden de beperkende bepalingen die een opzegging van de arbeidsovereenkomst normaliter beheersen[12] niet.

Indien de overeenkomst maar één opzeggingsbevoegdheid bevat, dan heeft benoeming van die bevoegdheid als buitengewoon geen zin, ook al is die alleen voor buitengewone omstandigheden bedoeld. Bovendien is het zo dat het opnemen van een bijzondere opzeggingsbevoegdheid alleen zin heeft indien die bevoegdheid opzegging op gunstiger voorwaarde dan de gewone opzeggingsbevoegdheid mogelijk maakt (anders kan men met de gewone opzegging volstaan). Een en ander heeft tot gevolg dat degene die van de gunstiger opzegregeling gebruik wil maken, zich dient te beroepen op de bijzondere omstandigheden die die gunstiger regeling van toepassing doet zijn. Men zou daarom inderdaad kunnen stellen dat het een eigenschap van de buitengewone opzegging is, dat haar geldigheid afhangt van de aanwezigheid (en de toereikendheid) van een 'Kundigungsgrund'[13]. Het omgekeerde is mijns inziens echter niet vol te houden: t.w. dat een gewone opzegging onafhankelijk is van de redenen, die de opzeggende partij hebben bewogen[14]. Dat hangt er maar vanaf. Het onderscheidend kenmerk in de beweegredenen te zoeken is mijns inziens onjuist, omdat de overeenkomst of wetsbepaling ook ten aanzien van de gewone overeenkomst de aanwezigheid (en mededeling) van een 'Kundigungsgrund' kan vereisen. Ik meen daarom dat aan het onderscheid 'gewone'-'buitengewone' géén dogmatische betekenis mag worden toegekend[15]. Ook het onderscheid dat Winkel aanbrengt tussen opzegging gegrond op het algemeen belang en die gegrond zijn op de bijzondere belangen van één der partijen, vermag mij niet te overtuigen[16]. Dit al niet vanwege het feit dat hij buitengewone opzegging en opzegging zonder voorgeschreven termijn zonder nadere motivering onder één noemer brengt.

4.3 BESTAAN VAN EEN OPZEGGINGSBEVOEGDHEID IN HET ALGEMEEN

Zoals in nr. 2.3 al aangegeven, wordt de opzeggingsbevoegdheid door de doctrine in het algemeen beschouwd als een uitzondering op de regel dat de overeenkomst partijen tot wet strekt (art. 1374 lid 1 BW), welke uitzondering door de overeenkomst of door de wet moet worden verleend[17]. Pacta sunt servanda. Voorbeelden van een uitdrukkelijke door de wet verleende bevoegdheid tot opzeggen zijn art. 1647 (aanneming van werk) en art. 1639o (arbeidsovereenkomst) BW.

Betekent het feit dat partijen een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben gesloten dat deze overeenkomst daardoor opzegbaar is (on-

danks het ontbreken van een daartoe strekkend contractueel beding)? Volgens een aantal schrijvers luidt het antwoord op deze vraag ontkennend. Aldus Suijling, Meijers, Clavareau, De Gaay Fortman en Hijmans van den Bergh[18]. Een dergelijke overeenkomst bevat immers geen expliciete toekenning van een opzegbevoegdheid terwijl er evenmin een wettelijk voorschrift is met algemene strekking waarop het aannemen van een opzeggingsbevoegdheid voor die overeenkomsten zou kunnen steunen[19]. Dat dit betekent dat een aantal overeenkomsten aldus 'voor eeuwig' zullen gelden, ontmoet, aldus Hijmans, in ons recht geen bezwaar. Onze wetgever heeft ook niet het opzegbaarheidsbeginsel, als een van de uitvloeiselen van het vrijheidsideaal van de Revolutie (zoals onder meer en met name door Porumb verdedigd in zijn dissertatie[20]) willen handhaven, zoals uit diverse regelingen blijkt[21]. Hijmans[22] onderschrijft het standpunt van Van Brakel[23] dat het geldende recht (in 1952) aldus is weer te geven: ten aanzien van overeenkomsten, in welker beëindiging wet noch partijen hebben voorzien, is bij de beantwoording van de vraag of opzegging toelaatbaar is, wie mag opzeggen en in welke omstandigheden, rekening te houden met het karakter van de betrokken overeenkomst, waarbij art. 1375 BW richtsnoer is. Dit standpunt wordt met name gebaseerd op de stelling dat de wet, waar zij voor een aantal overeenkomsten verschillende regelingen ten aanzien van de opzegging heeft gegeven, er juist rekening mee houdt dat onderscheiden gevallen onderscheiden regelen eisen. Uiteindelijk dient de beantwoording van de vraag te geschieden aan de hand van de uitleg van de partij-bedoeling, welke aan het (aanvullend rechtelijke) art. 1374 lid 2 BW kan drogeren[24]. Ten aanzien van overeenkomsten voor bepaalde tijd betekent dit dat zij niet dan bij hoge uitzondering opzegbaar geacht mogen worden[25].

Als Hijmans van den Bergh ook A.G. Ten Kate in zijn conclusie bij HR 27 februari 1976, NJ 1976, 319. Hij meent verder dat dit anders wordt - daarmee kennelijk verwijzend naar het bekende arrest inzake Quint - Te Poel (HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548) - indien de betrokken duurovereenkomst zich in het wettelijk stelsel bevindt temidden van een aantal direct naastliggende rechtsfiguren, die een beëindiging onder zodanige omstandigheden wel kennen (in het geval waarover de A.G. sprak ging het overigens meer speciaal om beëindiging door de rechter). Dan dient voor dit in de wet niet geregelde geval een oplossing te worden aanvaard, die in het stelsel der wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen[26]. Het komt mij voor dat dit eveneens ten aanzien van de opzegging geldt. In een aantal gevallen is de lagere jurisprudentie inderdaad aldus te werk gegaan[27].

Voor al onder de meer recente schrijvers overheerst de opvatting dat een overeenkomst, die voor onbepaalde tijd is aangegaan, op grond daarvan wel een opzeggingsbevoegdheid in het leven roept, zij het dat daarbij rekening gehouden moet worden met de eisen van de goede trouw wanneer van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt[28]. Hierbij gaat de belangstelling natuurlijk uit naar de wijze waarop men dit standpunt motiveert. Winkel[29] onderscheidt de opzegging, gegrond op het algemeen belang en die, gegrond op bepaalde, door de wetgever als zodanig erkende belangen van één der partijen. De bevoegdheid tot beide opzeggingen berust niet op de partijwil, doch op een wettelijk beginsel. Een uitdrukkelijke wetsbepaling van algemene strekking komt weliswaar in de wet niet voor maar uit de diverse wettelijke regelingen is dit beginsel

af te leiden. Dit beginsel, waarin een van de voornaamse taken van de overheid, de bescherming van de vrijheid van personen en goederen, tot uitdrukking wordt gebracht, brengt mee dat 'duurzame overeenkomsten voor onbepaalde tijd aangegaan kunnen worden opgezegd en wel zonder opgave van redenen, doch met inachtneming van de door de omstandigheden vereiste termijn en te goeder trouw'.

De bevoegdheid tot opzegging, welke gegrond is op de bijzondere belangen van een der partijen[30], staat los van het onderscheid bepaalde - onbepaalde tijd. De opzegging moet worden gemotiveerd door het zwaarwegende belang dat de beëindiging moet rechtvaardigen; de rechter moet de 'wettigheid' van die redenen kunnen beoordelen. Of een zodanige bevoegdheid bestaat, is in het algemeen niet te zeggen; dit zou tot een grote casuïstiek leiden, aldus Winkel, die deze opzegging verder laat rusten na nog te hebben opgemerkt dat vooral bij duurzame overeenkomsten met een uitgesproken persoonlijk karakter behoefte bestaat aan een bevoegdheid tot opzeggen zonder inachtneming van een termijn.

Abas sluit zich bij Winkel aan[31]. Rutten[32] geeft geen echte motivering. Hij schrijft eerst dat het bijzondere van voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomsten hierin ligt dat de partijen slechts prestaties hebben toegezegd voor de tijd dat de rechtsverhouding tussen haar zal voortduren. Hij vervolgt dan: 'In het algemeen echter (...) staat het partijen vrij (...) aan die rechtsverhouding een einde te maken'. De zin van dit woordje 'echter' maakt hij niet duidelijk; hoewel de eerste zin geen motivering van zijn standpunt kan zijn, staat het daarmee niet in tegenstelling. Verder zijn onder deze schrijvers te rangschikken Hofmann-Van Opstall, Pitlo, Van Dunne, Coehorst, Van der Werf, (met een motivering die sterk aan die van Winkel verwant is) en - minder duidelijk - Helmich[33]. Het beginsel van opzegbaarheid is ook aanvaard door de vergadering van de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland op 25 en 26 november 1983[34].

Persoonlijk kan de motivering van Winkel opzichzelf mij al niet erg overtuigen. Naast de mijns inziens terechte weerlegging door Hijmans van den Bergh, komt het mij voor dat de vrijheid toch niet op onaanvaardbare wijze in het gedrang zou komen als een tijdschrift-abonnement niet zou kunnen worden opgezegd (aangenomen dat het een tijdschrift van politiek en moreel neutrale inhoud betreft). Aan de andere kant kan die vrijheid toch ook in het gedrang komen in geval van overeenkomsten voor een bepaalde, zeer lange tijd. Ook is op grond van deze visie niet duidelijk waarom de opzegbaarheid aanstonds na de sluiting reeds zou kunnen intreden; men zou toch een soort van minimumtermijn mogen verwachten gedurende welke de vrijheid weliswaar gebonden doch bezwaarlijk in het gedrang gebracht, kan worden geacht. Dat de opzegging zonder opgave van redenen kan geschieden komt mij evenmin logisch voor. Het had voor de hand gelegen, uitgaande van de door Winkel verdedigde opvatting, dat er toch een zekere motivering verwacht zou mogen worden van degene wiens vrijheid op zeker moment in de knel zou dreigen te geraten.

Het standpunt van de Hoge Raad geeft de volgende ontwikkeling te zien. In 1886[35] heeft hij te kennen gegeven van oordeel te zijn dat het bepaalde in art. 1374 BW zich op zich zelf niet tegen de mogelijkheid verzet dan voor een onbepaalde tijd aangegane 'verbintenissen' door opzegging in plaats van door wederzijdse toestemming wordt beëindigd. In 1927

[36] heet het - wat algemener - dat 'zeker geen wetsbepaling zich verzet tegen de mogelijkheid van eenzijdige opzegging eener voor onbepaalde tijd aangegane overeenkomst'. Of die mogelijkheid in concreto uit de partij-afsprake geacht moet worden voort te vloeien is een kwestie van uitlegging en door haar feitelijk karakter niet in cassatie toetsbaar. Mag nu worden aangenomen dat de HR oordeelt dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij niet door partijen zelf in een opzeggingsbevoegdheid is voorzien, kan worden opgezegd? Dat de zojuist aangehaalde arresten hierover niet geheel alle twijfel hebben uitgebannen blijkt wel uit het feit dat zowel Hijmans van den Bergh als Winkel deze uitspraken aanhaalt ter bevestiging van zijn standpunt[37].

In 1966 wordt de Hoge Raad[38] geroepeneen oordeel te geven over de opzegbaarheid van een overeenkomst waarvan de inhoud door het Hof als volgt was vastgesteld: Sanders Jr. mocht in verband met zijn huwelijk die op het erf van zijn vader, Sanders Sr., staande schuur op eigen kosten verbouwen en uitbreiden, teneinde voor zich en zijn gezin woonruimte te verkrijgen, alsmede op zijn kosten een schuur en een stal te bouwen op het erf van Sanders Sr. Volgens het Hof kon deze overeenkomst alleen wegens een stringente reden worden opgezegd. Van bijzonder belang zijn de eerste twee onderdelen van het tweede cassatiemiddel. Het eerste onderdeel verwijst impliciet naar het standpunt van Winkel: wanneer een overeenkomst niet voor bepaalde tijd en niet met een afgegrensd doel is aangegaan, kan deze in beginsel worden opgezegd. Subsidiair doelt het tweede middel op de opvatting van Hijmans van den Bergh: als geen beginselopzegbaarheid bestaat dan heeft het Hof door te overwegen dat naar de aard van deze overeenkomst door de billijkheid wordt gevorderd dat opzegging door Sanders Sr. alleen wegens een stringente reden kon geschieden, het recht geschonden aangezien ons recht een dergelijk uitdrukkelijk voorschrift voor dit soort overeenkomsten niet inhoudt en uit het arrest niet blijkt dat partijen zich al of niet stilzwijgend aan een dergelijke opzeggingsregeling hebben gebonden. De Hoge Raad overweegt dan dat de stelling, waarop het eerste onderdeel berust (dus die van Winkel, J.S.) in haar algemeenheid niet juist is, 'immers de goede trouw of de naar de aard van de overeenkomst gevorderde billijkheid in verband met de verdere omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een zodanig ruime opzeggingsbevoegdheid niet kan worden aanvaard'. Vervolgens overweegt de HR dat het Hof terecht heeft aangenomen dat naar de aard van de onderhavige overeenkomst door de billijkheid wordt gevorderd dat een opzegging door Sanders Sr. slechts wegens een stringente reden mogelijk zou zijn. Met andere woorden: de HR verwerpt het standpunt van Winkel en volgt kennelijk dat van Hijmans van den Bergh. Dit blijkt nog eens te meer, waar de HR nog overweegt dat, voor het geval dat er sprake zou zijn geweest van een bruikleenovereenkomst, deze, nu deze is aangegaan voor onbepaalde tijd, niet in de wet is geregeld en dat, naar de aard van dergelijke bruikleenovereenkomsten de billijkheid in het algemeen zal meebrengen dat de uitlener de overeenkomst met inachtneming van een redelijke, aan de omstandigheden aangepaste termijn kan opzeggen, wanneer hem dit goed dunkt. De onderhavige overeenkomst echter wijkt zodanig af van de figuren die zich bij een bruikleenovereenkomst in het algemeen voordoen, dat een dergelijke opzeggingsbevoegdheid daarbij niet past en mede met het oog op de vastgestelde omstandigheden moet worden

aangenomen dat opzegging (ook in dat geval) slechts had kunnen plaatsvinden om de meergenoemde stringente reden.

Een soortgelijke kwestie wordt in 1976 aan de HR voorgelegd^[39], doch deze beperkt zich dan tot de vaststelling dat het Hof, op grond van zijn waardering van de omstandigheden van het geval in onderling verband, zonder schending van enige rechtsregel tot de conclusie is kunnen komen dat de regeling (tot gebruik van woonruimte) tussen partijen naar haar aard meebracht dat X deze alleen mocht opzeggen wanneer daarvoor een dringende reden aanwezig was.

Van een principiële stellingname is daarentegen wèl weer sprake in het arrest van 16 december 1977, NJ 1978, 156 (Ziekenfonds D.P.Z.). De casus betrof een zogenaamde medewerkersovereenkomst tussen een ziekenfonds en een arts, zoals bedoeld in art. 44 lid 1 Ziekenfondswet (Stb. 1964, 392). Voor het ziekenfonds geldt een verplichting tot het aangaan van deze overeenkomst met een medisch beroepsbeoefenaar die daarom verzoekt ex art. 47 Zfw tenzij het daartegen ernstig bezwaren heeft. De rechtbank had geoordeeld dat dit verplichte karakter van de overeenkomst zich niet verdroeg met de mogelijkheid van eenzijdige beëindiging door opzegging door het ziekenfonds^[40] ('zoals die overigens voor duurcontracten wel aanvaard wordt op grond van de uitvoering van die overeenkomst te goeder trouw'). Op instigatie van de raadsman van het ziekenfonds werd door de Procureur-Generaal Van Oosten cassatie in het belang der wet ingesteld. Het primaire cassatiemiddel gaat ervan uit dat de overeenkomst voor onbepaalde tijd was aangegaan. Op grond hiervan stelt de P.G. de vraag naar de opzegbaarheid principieel aan de orde door in het eerste onderdeel van het middel de hierboven weergegeven rechtsoverweging uit het arrest van 1927 aan te halen ('dat geen wetsbepaling zich ertegen verzet dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd door een der partijen kan worden opgezegd'). Het tweede - subsidiair - ingestelde onderdeel van het primaire cassatiemiddel verwijst naar het arrest uit 1966 (Sanders-Sanders): aangenomen moet worden dat op de grondslag van de door de rechtbank vastgestelde inhoud van de tussen partijen gesloten overeenkomst (...) naar de aard van de onderhavige overeenkomst door de billijkheid werd of kon worden gevorderd, dat een opzegging van de overeenkomst door het ziekenfonds mogelijk was op grond van ernstige bezwaren, welke het ziekenfonds had of kon hebben tegen de voortzetting van de overeenkomst. Nog meer subsidiair voert de P.G. aan dat aangenomen moet worden, dat - betreft men de goede trouw op de beëindiging van een overeenkomst als de onderhavige, een 'duurcontract' - een overeenkomst als de onderhavige (althans de daaruit ontstane rechtsbetrekking), ook al is bij de overeenkomst niet voorzien in de beëindiging daarvan door opzegging door een der partijen, naar de maatstaf van de goede trouw wegens een gewichtige reden kan worden opgezegd. De P.G. had dit onderdeel, zo deelt hij zelf mede, ontleend aan het Duitse recht. Volgens het Bundesgerichtshof kan een 'Dauerschuldverhältnis' van langere duur, ook bij gebreke van een wettelijke of contractuele regeling, wegens een gewichtige reden worden opgezegd en wel naar de grondregel van 'Treu und Glauben'^[41].

Het komt mij voor dat het verschil tussen het tweede en het derde onderdeel in essentie gelegen is in de rol die ongeschreven eisen van redelijkheid en billijkheid spelen. Volgens het tweede onderdeel spruit

de opzegbevoegdheid voort uit de billijkheid; met andere woorden: aanvullende werking van de goede trouw/billijkheid. In het derde onderdeel komt de goede trouw in haar derogerende functie naar voren: partijen zijn gebonden aan hun rechtsverhouding, doch als die voor langere tijd geldt is het niet redelijk dat partijen elkaar onder alle omstandigheden aan de afspraak houden. In andere woorden: een partij zal zich, indien dit billijkheidshalve uit de omstandigheden voortvloeit, een opzegging door de wederpartij moeten laten welgevalen. In deze laatste visie past minder het beeld van de opzeggingsbevoegdheid als een subjectief wilsrecht; het gaat daar meer om een al of niet geoorloofde wijze van 'met elkaar omgaan'.

De Hoge Raad heeft in het hier besproken arrest van 1977 onomwonden gekozen voor het standpunt dat in het derde onderdeel is verwoord.

De HR begint met een karakterisering van de betrokken overeenkomst: Voorop moet worden gesteld dat de huisarts, die door een zodanige overeenkomst wordt toegelaten tot de fondspraktijk, er een wezenlijk belang bij heeft dat de aldus gevestigde rechtsbetrekking duurzaam zal zijn. Uit het bestreden vonnis blijkt voorts dat partijen de onderhavige overeenkomst niet voor een bepaalde duur hebben gesloten en niet hebben voorzien in een mogelijkheid van eenzijdige beëindiging daarvan door het ziekenfonds.

Vervolgens het rechtsoordeel:

Dit een en ander sluit evenwel niet uit dat uit de goede trouw, bedoeld in art. 1374 lid 3 BW, kan voortvloeien dat de overeenkomst niettemin voor beëindiging door het ziekenfonds vatbaar is. Daarvoor kan met name plaats zijn in geval van - niet in de overeenkomst verdisconteerde - omstandigheden van zo ernstige aard dat de arts naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die in de vermelde goede trouw liggen opgesloten, geen onbepaalde instandhouding van de overeenkomst door het ziekenfonds mag verwachten.

In dat geval zal, zo aan de hand van de goede trouw geen minder ingrijpende oplossing gevonden kan worden, het ziekenfonds bevoegd zijn tot opzegging van de overeenkomst op de termijn en eventueel onder de voorwaarden, die in verband met de belangen van beide partijen redelijk zijn te achten.

De contracteerplicht voor het ziekenfonds op grond van art. 47 lid 1 Zfw is hierbij slechts in zoverre van invloed dat geen opzegging als voormeld zal kunnen plaatsvinden op grond van omstandigheden die niet op zijn minst tevens 'ernstige bezwaren' opleveren, van dien aard dat zij het ziekenfonds bevoegd zouden hebben gemaakt krachtens deze bepaling het aangaan van de overeenkomst te weigeren.

Of deze laatste factor in de praktijk nog een zelfstandige rol zal kunnen spelen ter beperking van de opzeggingsbevoegdheid die voortvloeit uit de derogerende werking van de goede trouw, waag ik te betwijfelen. Het is niet goed voorstelbaar dat er zich omstandigheden voordoen van zo ernstige aard (etc.) zonder dat daarmee tevens een 'ernstig bezwaar' bestaat[42].

In 1966 had de HR de derogerende werking van de goede trouw nog niet aanvaard[43]. Desalniettemin kon Kist in het Tijdschrift voor Privaatrecht in 1971 (blz. 751 e.v.) terecht vaststellen dat volgens de Hoge Raad de omvang van de opzeggingsbevoegdheid een functie van de goede trouw is. Thans staat verder buiten twijfel dat dit eveneens geldt

voor de bestaanbaarheid van de opzeggingsbevoegdheid van een overeenkomst, waarin door partijen zelf of door de wet niet in een zodanige bevoegdheid is voorzien. Van een verdergaande, principiële opzeggingsbevoegdheid voor overeenkomsten voor onbepaalde tijd aangegaan, wil de Hoge Raad kennelijk niets weten. Het had immers zeer voor de hand gelegen - anders dan in het geval dat zich in 1966 voordeed - het eerste onderdeel van het cassatiemiddel te volgen en de opzegbaarheid van de betrokken overeenkomst voorop te stellen, indien de Hoge Raad zulks had gewild.

Het verdient verder opmerking dat de Hoge Raad een duidelijk onderscheid maakt tussen de beoordeling van de opzeggingsmogelijkheid van de overeenkomst 'in het algemeen' enerzijds en de rol die de contracteerplicht ex art. 47 lid 1 Zfw speelt anderzijds. Annotator Bloembergen wijst er op dat de Hoge Raad ten aanzien van de 'omstandigheden waaronder etc.' zijn formulering heeft afgestemd op de M.v.A. (blz. 228) bij artikel 6.5.3.11 NBW (ontbinding door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden). Of omstandigheden onvoorzien zijn hangt af van de vraag of de mogelijkheid van het intreden ervan uitdrukkelijk of stilzwijgend in het contract is verdisconteerd, dat wil zeggen of de overeenkomst in dit optreden voorziet. Bloembergen concludeert hieruit dat wanneer in de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend een of andere regeling zou zijn getroffen omtrent de omstandigheid op grond waarvan men zou willen opzeggen, dan die regeling preveleert.

De vraag rijst of, wanneer art. 6.5.3.11 geldend recht geworden zal zijn, dit arrest nog betekenis zal toekomen. Het lijkt mij dat deze vraag niet geheel negatief beantwoord moet worden. In twijfelgevallen zal het zeker aanbeveling verdienen ontbinding aan de rechter te vragen. In andere gevallen echter, waarin de partij die zich onredelijk bezwaard is gaan voelen, zich voor wat betreft de verandering van de omstandigheden zeker van zijn zaak weet, zal de mogelijkheid van opzegging aantrekkelijk zijn omdat deze sneller en goedkoper is (en het proces-initiatief bij de wederpartij legt).

Het spreekt welhaast vanzelf dat het antwoord op de vraag of naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een onbeperkte instandhouding van de overeenkomst mag worden verwacht in niet onaanzienlijke mate mede zal afhangen van het belang dat die bewuste partij bij de voortzetting van die overeenkomst heeft. Een bruiklener van woonruimte mag op meer consideratie rekenen dan de bruiklener van een carnavalcostuum. Voor de regel, zoals die door de Hoge Raad in dit arrest is geformuleerd, is het feit dat de huisarts een wezenlijk belang bij het duurzaam zijn van de overeenkomst heeft, op zichzelf niet van belang. Nu de Hoge Raad deze vaststelling desalniettemin voorop stelt, lijkt de verwachting gewettigd dat hij deze regel alleen heeft willen geven voor gevallen waarin de wederpartij een wezenlijk belang bij voortzetting van de overeenkomst heeft en dat in andere gevallen een minder strikte opzegbaarheidsregel zal gelden. Over die regel valt thans niet meer te zeggen dan dat deze zal worden bepaalde door de aard van de overeenkomst en de billijkheid. Gezien het vorenstaande lijkt het niet uitgesloten dat er in die gevallen een opzegbevoegdheid aanwezig zal worden geacht wanneer zich omstandigheden voordoen die weliswaar in de overeenkomst lijken te zijn verdisconteerd maar die toch op grond van de redelijkheid en billijkheid een beeindiging van de overeenkomst kunnen rechtvaardigen.

Met betrekking tot bepaalde overeenkomsten zou dan wellicht een bevoegdheid om op te zeggen kunnen worden aangenomen wanneer dit de betrokken partij goed dunkt. Hier zij herinnerd aan de overweging in het arrest inzake Sanders-Sanders van 1966 met betrekking tot bruikleen-overeenkomsten aangegaan voor onbepaalde tijd in het algemeen[44].

Samenvattend is het standpunt van de Hoge Raad naar alle waarschijnlijkheid het beste aldus te omschrijven: een overeenkomst is opzegbaar indien dit uit de wet, uit de partij-afpraak (al of niet stilzwijgend) of in bepaalde omstandigheden uit de goede trouw voortvloeit, waarbij het feit dat de overeenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd is gesloten slechts van weinig betekenis is[45].

In de lagere jurisprudentie wordt het beginsel dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen worden opgezegd, praktisch algemeen aanvaard[46].

Eigen opvatting

Zoals hierboven in nr. 2.4 uiteengezet ben ik de mening toegedaan dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd per definitie opzegbaar is en, omgekeerd, dat een overeenkomst met een opzeggingsbevoegdheid (door wetgeving of door partij-afpraak) een overeenkomst voor onbepaalde tijd oplevert. Ik baseer mij hierbij op de voorstelling betreffende de totstandkoming van overeenkomsten, welke een in de tijd volgehouden wils-overeenstemming veronderstelt. Waarom een dergelijke overeenkomst - in beginsel - altijd kan worden opgezegd heeft inderdaad met de individuele vrijheid te maken. Echter, niet in de zin van een sedert de Revolutie aan ons rechtsbestel ten grondslag liggend beginsel, zoals door Winkel in navolging van Porumb verdedigd; een dergelijk beginsel is uit onze wetgeving ook niet te destileren, hetgeen uit nr. 4.4 nog eens zal blijken. Het gaat om het beginsel van het contractenrecht dat men vrij is om te contracteren of niet en daarmee ook dat men vrij is in de mate waarin men zich wenst te binden en gebonden wil blijven in de toekomst. Aan de regel dat een eenmaal tot stand gebrachte binding niet meer eenzijdig ongedaan kan worden gemaakt (art. 1374 lid 2 BW) doet dit geen afbreuk, aangezien die binding voor de toekomst niet perfect is gemaakt omdat de toestemming daartoe nog niet aan de ander is bekend gemaakt. Dit beeld, dat art. 1356 BW als uitgangspunt neemt, geeft derhalve het omgekeerde te zien als het beeld dat op art. 1374 lid 2 BW is gebaseerd. In mijn opvatting wordt een opzegbevoegdheid altijd verondersteld voorzover die niet door wet of partij-afpraak wordt beperkt. Dit laatste kan natuurlijk ook stilzwijgend, zoals bijvoorbeeld doordat iemand zich borg stelt voor een ander opdat deze een bepaald doel kan bereiken. Het zal duidelijk zijn dat de clause 'aangegaan voor onbepaalde tijd' geen beperking van de opzegbevoegdheid inhoudt.

Vergeleken met de laatstgenoemde groep schrijvers meen ik dat het door mij voorgestelde model van de duurtoestemming een betere motivering verschaft voor de stelling dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd in beginsel opzegbaar zijn. In dit opzicht vormt mijn standpunt eveneens het omgekeerde van het standpunt van de Hoge Raad. Wanneer partijen zich over het bestaan van een opzeggingsbevoegdheid niet in positieve zin hebben uitgelaten, dan is die bevoegdheid in de visie van de Hoge Raad meestal slechts bij wijze van uitzondering (voortvloeiend uit goede trouw of billijkheid) aanwezig, terwijl die in mijn opvatting

dan zonder meer bestaat en de betrokken partij in beginsel vrij is in zijn gebruikmaking van die bevoegdheid. Dit gebruik wordt slechts marginaal aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid getoetst.

Tot slot de vraag of die principiële opzegbaarheid van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd (duurovereenkomsten waarbij partijen hun opzeggingsbevoegdheid niet hebben beperkt) - afgezien van de dogmatiek - de voorkeur verdient boven de beperkte opzegbaarheidsleer van de Hoge Raad. Mijs inziens is dit inderdaad het geval. Uitgaande van de principiële opzegbaarheid gaat bij twijfel over de partij-bedoeling (en/of onduidelijkheid in een bepaalde wettelijke regeling, zo als bijvoorbeeld die ten aanzien van bruikleen) het voordeel van die twijfel naar degene die wenst op te zeggen. Dit lijkt mij ook redelijk omdat op deze wijze door het sluiten van de overeenkomst niet meer zekerheid wordt verworven dan kennelijk in de overige voorwaarden is verdisconteerd[47]. Daarnaast lijkt het mij beter aan te sluiten bij de realiteit om aan te nemen dat partijen, wanneer zij geen duidelijke afspraak maken over de tijd dat hun overeenkomst zal behoren te duren (en er geen duidelijke wetsbepalingen hieromtrent zijn) zich daarmee niet verder hebben willen binden dan tot het tijdstip waarop zij dat niet meer zullen willen[48].

Gezien de maatschappelijke consequenties van een opzeggingsbevoegdheid (emanciperende werking voor de bevoegde partij, versterkende dynamiek van het marktmechanisme) verdient het aanbeveling een zodanige bevoegdheid aan te nemen bij overeenkomsten waar dat kan zonder in strijd met de wet of partij-afpraak te komen. De keerzijde van deze medaille (verzwakking positie van de wederpartij) wordt van haar scherpe kanten ontdaan door het feit dat die bevoegdheid niet in strijd met de goede trouw mag worden uitgeoefend.

Intrekking

De bevoegdheid tot opzegging houdt niet tevens de bevoegdheid in om de opzegging in te trekken[49]. Door de opzegging wordt aan de overeenkomst een einde gemaakt al of niet op termijn[50]. Intrekking van de opzegging zou betekenen dat de bindende kracht van de overeenkomst voor de toekomst weer zou worden hersteld. Dit kan alleen door middel van de toestemming van alle partijen die zich verbinden. In het door mij voorgestane denkmodel betreffende de duurovereenkomst is het zo dat de overeenkomst gedragen wordt door de voortdurende op verdere gebondenheid gerichte wil. Die wil behoeft niet constant te worden verklaard: wanneer men die wil eenmaal verklaard heeft, dan mag de wederpartij erop vertrouwen dat die wil aanwezig is zolang het tegendeel niet wordt verklaard (opgezegd) (zie nr. 2.4). Wanneer eenmaal is opgezegd, kan niet worden aangenomen dat de wederpartij harerzijds doorgaat met willen. Aan een verklaring, dat zij harerzijds niet wil, bestaat immers geen behoefte, nu de overeenkomst al beëindigd is en derhalve ofwel reeds niet meer werkt ofwel binnenkort, na afloop van de in de opzegging genoemde termijn, tot een einde komt. Uit het stilzwijgen van de wederpartij kan daarom geen voortdurende van de toestemming meer worden afgeleid. Zou de wederpartij zich wèl verklaren, bijvoorbeeld door een protest tegen de opzegging of een uitnodiging tot intrekking, dan kan de opzegging wèl ingetrokken worden (d.w.z. van haar rechtsgevolg ontdaan) maar dan is er geen sprake meer van een eenzijdige handeling. Een uitzondering wordt wellicht gevormd door de mogelijk-

heid kleine fouten in de opzegging te herstellen, bijvoorbeeld bij een verkeerde berekening van de opzegtermijn[51]. Wanneer de belangen van de wederpartij daardoor niet of nauwelijks worden geschaad, zal de goede trouw zich verzetten tegen een beroep op de eenzijdigheid van deze correctie.

Door de geaccordeerde intrekking van de opzegging ontstaat een nieuwe overeenkomst. Vooral als de opzegtermijn nog niet afgelopen is kan deze nieuwe overeenkomst betekenen dat de nog bestaande relatie wordt voortgezet. Dat hieraan dogmatisch-juridisch een nieuwe overeenkomst ten grondslag ligt[52] doet hieraan niet af. Intrekking van een opzegging zal primair de bedoeling tot voortzetting inhouden. Voorzover partijen niet van een tegengestelde bedoeling hebben laten blijken, moet daarom aangenomen worden dat de rechtsgevolgen van de duur van de relatie ook gerelateerd moeten worden aan die relatie zelf en niet aan de overeenkomst. Dit is met name van belang bij de bepaling van de opzegtermijnen of beëindigingsvergoedingen, etc. (zie nr. 1.4).

Partijen kunnen wel bij het sluiten van de overeenkomst al afspreken dat eenzijdige intrekking gedurende een zekere tijd (afkoelingsperiode) mogelijk zal zijn. In verzekeringsovereenkomsten pleegt men vaak nog verder te gaan door aan de geldigheid van de opzegging de eis te stellen dat deze 'gehandhaafd wordt'. Dit betekent ofwel dat men tot intrekken bevoegd is zolang de termijn niet verstreken is ofwel dat de opzegging vermoed wordt ingetrokken te zijn tenzij nogmaals een uitdrukkelijke mededeling van het tegendeel wordt gedaan.

Van intrekking is geen sprake wanneer een tweede opzegging gedaan wordt. Hierdoor kan de eerste opzegging niet zonder toestemming van haar rechtsgevolg worden ontdaan. Bijvoorbeeld: A zegt op tegen 1 augustus en op 10 juli nog een keer, maar nu tegen 1 oktober[53]. Tenzij de wederpartij hiermee instemt eindigt de overeenkomst op 1 augustus. Het omgekeerde geval kan zich ook voordoen, namelijk dat opgezegd wordt tegen 1 augustus en later nog eens, maar nu tegen 15 juli. Ook deze tweede opzegging heeft geen gevolg voor de opzegging per 1 augustus. Weliswaar eindigt de overeenkomst per 15 juli, zodat in dat geval de eerste opzegging in de lucht is komen te hangen, maar dit raakt die opzegging zelf niet. Zou bijvoorbeeld de tweede opzegging op de een of andere manier zijn rechtswerking 'verliezen' (bijvoorbeeld omdat de voor die opzeggingsbevoegdheid vereiste dringende reden niet heeft bestaan, zie bijv. art. 1639o BW), dan zal de overeenkomst op 1 augustus ten gevolge van de eerste opzegging eindigen.

4.4 TOEKENNING VAN EEN OPZEGBEVOEGDHEID DOOR DE WET

In een groot aantal gevallen wordt door de wet aan een of beide partijen de bevoegdheid toegekend om de overeenkomst op te zeggen. Wanneer men uitgaat van de gedachte dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd in beginsel opzegbaar zijn - hetgeen de wet en ook het NBW niet (altijd) doet - dan zijn een aantal van die wettelijke bepalingen als vanzelfsprekendheden te beschouwen. Onder deze categorie vallen met name: art. 1639g BW (arbeidsovereenkomst) en art. 74j K (agentuurovereenkomst) te rangschikken.

Ten aanzien van het NBW kan bijvoorbeeld gewezen worden op art.

7.14.2.5 lid 1, onder a (borgtocht), art. 7.2.1.3 (verbruikleen), 7.6.5 lid 2, (bruikleen) en art. 7.4.4.3 lid 2 (huur).

Van meer belang lijken die bepalingen, waarbij een opzegbevoegdheid wordt toegekend tegen de partij-afpraak in of zelfs als uitzondering op een wettelijk opzegverbod. Een bijzonder geval is de regeling van de beëindiging van de collectieve arbeidsovereenkomst[54]. De wetgever had de bedoeling te voorkomen dat door zeer landurige contracten verstarring zou kunnen optreden[55]. De toekenning is op ingewikkelde wijze vorm gegeven. In art. 18 staat dat de cao niet voor langer dan vijf jaren kan worden aangegaan (behoudens verlenging, des dat men niet langer dan vijf achtereenvolgende jaren gebonden is), terwijl in art. 19 wordt bepaald dat, wanneer een cao voor bepaalde tijd is aangegaan, de cao telkens voor gelijke tijd wordt verlengd (hoogstens voor een jaar) behoudens opzegging. In andere woorden: als de cao niet van rechtswege na uiterlijk vijf jaren afloopt, kan deze in ieder geval worden opgezegd. Het streven verstarring te voorkomen komt voort uit de zorg van de overheid voor het algemeen sociaal-economisch belang[56].

Wanneer we de regeling van de bevoegdheidstoekenning van de overige contracten, die in Boek 7 een plaats zullen krijgen, bezien dan blijkt dat in al die gevallen de redelijkheid een overheersende rol heeft gespeeld [57]. Uitgaande van de inhoud van het redelijkheidsoordeel van de wetgever in de respectievelijke gevallen, kan de volgende indeling gemaakt worden. Hierbij heb ik niet de pretentie dat deze indeling een sluitend geheel vormt en dat de grenzen tussen de verschillende categorieën in alle gevallen even scherp getrokken kunnen worden.

Algemeen

Hieronder zijn die gevallen gebracht waarin niet van een bepaalde toespitsing van het redelijkheidsoordeel blijkt. Het enige dat van het redelijkheidsoordeel gezegd kan worden is dat in de genoemde gevallen aan het belang van degene, aan wie de opzegbevoegdheid wordt toegekend, meer gewicht wordt toegekend dan aan dat van de wederpartij. Het gaat met name om de bewaarnemer, die 'wettige redenen mogt hebben zich van het in bewaring gegevene goed te ontlasten' (art. 1763 BW). Achterliggend idee is het standpunt dat het karakter van vriendendienst (dat de bewaargeving in het huidige BW geacht wordt te hebben) zich verzet tegen een gebondenheid van de bewaarnemer die hem teveel gaat kosten[58]. In het NBW verdwijnt deze opzegbevoegdheid (evenals het standpunt dat bewaarneming in beginsel een vriendendienstkarakter heeft en komt daarvoor een bijzondere bevoegdheid van de kantonrechter in de plaats[59]. Dezelfde problematiek speelt bij de overeenkomst van bruikleen. Hier wordt de vriendendienst verricht door degene die zijn eigendom aan de ander afstaat. In het huidige BW wordt hem een beroep op de rechter verschaft in art. 1788 voor het geval dat hij zijn eigendom onverwacht en dringend zelf nodig heeft. In het NBW wordt hem voor dit geval juist een opzegbevoegdheid toegekend in art. 7.6.7 lid 1.

Op de redelijkheid stoelt ook de bepaling die in het NBW de borg, die zich buiten het bedrijf en beroep heeft verbonden voor toekomstige verbintenissen van de hoofdschuldenaar, een opzegbevoegdheid toekent indien de borgtocht vijf jaren heeft geduurd. (art. 7.14.2.5 lid 1 aanhef en onder b)[60]. Ook in de regeling betreffende de arbeidsovereenkomst komt een dergelijke bevoegdheid voor. Art. 1639v BW verschaft de arbei-

der de bevoegdheid de overeenkomst op te zeggen, indien deze voor langer dan vijf jaren is aangegaan of de duur van het leven van een bepaalde persoon, zodra sedert de aanvang vijf jaren zijn verlopen. De achterliggende gedachte is te voorkomen dat de arbeider te zwaar drukkende verplichtingen op zich krijgt door het te lichtvaardig sluiten van een overeenkomst voor lange tijd[61]. Het opzegverbod van art. 6 BBA is echter van toepassing, hetgeen overigens geen bezwaar zal zijn aangezien de Directeur van het GAB, zo mag gevoeglijk worden aangenomen, zijn toestemming niet zal weigeren als de verplichtingen voor de arbeider te zwaar drukkend geacht moeten worden.

In deze categorie valt ook bevoegdheidstoekenning tot opzegging gedurende een overeengekomen proeftijd bij een arbeidsovereenkomst (art. 1639n BW). Reden voor deze toekenning is immers dat het onredelijk zou zijn als partijen op proef een overeenkomst aangaan en als deze proef ten opzichte van een van hen mislukt, partijen toch voor langere tijd aan elkaar gebonden zouden zijn. Bij de tot-standkoming van art. 1639n BW heeft eigenlijk alleen maar expressies verbijs de bedoeling voorgezet om misleiding van de wederpartij te voorkomen[62]. Dat er op grond van deze bepaling een onbegrensde opzegbevoegdheid zou zijn toegekend is een opvatting die noch in de wetgeschiedenis noch in de doelstelling rechtvaardiging kan vinden[63]. Eerder lijkt mij verdedigbaar dat die doelstelling juist meebrengt dat er alleen opgezegd mag worden als er inderdaad beproefd is en dat er niet mag worden opgezegd op grond van een reden die niets met de wederzijdse beproefing uitstaande heeft. De wederpartij heeft recht op een faire proefneming. Naar mijn mening dient een omstandigheid als ziekte de proeftijd dan ook op te schorten. Wanneer de proeftijd nog niet is aangevangen geldt de opzegbevoegdheid ex art. 1639n nog niet, want er is nog niets beproefd. De heersende opvatting in de jurisprudentie is echter anders[64], waarmee naar mijn mening zowel partijen alsook de bedoeling van de wetgever onrecht worden aangedaan. Het toppunt dreigt te worden bereikt door de stelling dat in de proeftijd geen fatsoensnormen en evenmin de goede trouw in acht mag worden genomen[65]. Ook bij de bepaling van art. 1639n BW gaat het mijns inziens om een redelijkheidsoordeel.

Onduidelijk is de grond voor het toekennen van een opzegbevoegdheid aan de opdrachtnemer, die de overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van een bedrijf of beroep, indien hij voor die opzegging 'gewichtige redenen' heeft. Ik kom hieronder over de betrokken bepaling in het regeringsontwerp, art. 7.7.1.10 lid 2, nog nader te spreken.

'Afstand van recht'

Als eerste categorie, waarin het redelijkheidsoordeel nader kan worden verbijzonderd, kan gewezen worden op gevallen waarin de redelijkheid een uitwerking is van het algemene beginsel dat geen schuldeiser gehouden is de hem toekomende prestatie te aanvaarden. Een weigerachtige houding van de schuldeiser zal in het algemeen meebrengen dat hij 'in verzuim raakt'[66]. Deze houding van de schuldeiser mag in beginsel niet ten koste van de schuldenaar komen; de schuldeiser kan zich door zijn weigering niet van zijn eigen verplichtingen bevrijden. Zijn er echter geen verplichtingen voor de schuldeiser, dan zal zijn mededeling dat hij op voortzetting van de prestatie door de schuldenaar geen prijs

stelt, het einde van de overeenkomst betekenen en dus is deze mededeling als een opzegging te kwalificeren. Bij eenzijdige overeenkomsten is opzegging door de schuldeiser daarom in beginsel altijd mogelijk.

Een sprekend voorbeeld is de overeenkomst van bewaarneming. Deze overeenkomst wordt in het huidige recht verondersteld een vriendendienst te zijn, dus zonder tegenprestatie. Als een bepaalde tijd voor de teruggave is afgesproken, zal de tijdsbepaling in het voordeel van de bewaargever zijn, zodat deze voor hem niet als bindend kan worden beschouwd.[67] Op deze gedachte is de bepaling van art. 1762 BW gebaseerd, die inhoudt dat de zaak aan de bewaargever moet worden teruggegeven zodra hij zulks vordert, ook al is er bij de overeenkomst een bepaalde tijd voor die teruggave afgesproken[68]. Partijen kunnen afspreken dat die tijdsbepaling ook voor de bewaargever bindend is[69]. De waarde van art. 1762 is dan ook maar betrekkelijk en heeft waarschijnlijk alleen de betekenis dat in geval van twijfel, of de tijdsbepaling (ook) in het belang van de bewaarnemer is gemaakt, het voordeel van die twijfel naar de bewaargever gaat. In het NBW komt een dergelijke bepaling niet meer voor. Volgens art. 7.9.6 (regeringsontwerp) kan de bewaargever teruggave en de bewaarnemer terugname vorderen (en wel in beide gevallen: onverwijld) tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit[70]. Afhankelijk van de omstandigheden kan het voordeel van de twijfel volgens deze bepaling ook naar de bewaarnemer gaan. Wanneer een tegenprestatie is afgesproken, zal hierin al een belangrijke aanwijzing liggen besloten dat partijen een opzegging te allen tijde niet hebben gewild. Afstand van recht op de prestatie blijft dan mogelijk, doch dit zal geen opzegging zijn omdat de tegenprestatie onverkort verschuldigd blijft.

Dezelfde problematiek speelt ook voor de overeenkomsten van bruikleen en verbruikleen. Noch in het huidige BW noch in het NBW komen echter bepalingen voor die de opzegbevoegdheid (teruggavebevoegdheid) van de lener vermelden.

Bijzonder wordt de toepassing van de basisregel, als de wet bij afstand van recht door de schuldeiser de verplichting van die schuldeiser tegenover de wederpartij vermindert. Dit is met name het geval bij de aanneming van werk ten aanzien van de opzegging door de aanbestedder. Men zie art. 1647 BW en art. 7.12.14 NBW welke bepalingen al in nr. 3.6 aan de orde zijn geweest. Een aanneming van werk is nagenoeg altijd op te vatten als een overeenkomst voor bepaalde tijd (te weten voor de tijd die het totstandbrengen van het werk vergt). Hetgeen de opzeggende aanbestedder aan de aannemer dient te vergoeden is nog het beste te kwalificeren als een beëindigingsvergoeding, namelijk een vergoeding voor de schade die de aannemer lijdt doordat hij niet in staat wordt gesteld de overeengekomen aanneemsom te verdienen. Meer dan de aanneemsom behoeft hij derhalve niet te vergoeden, hetgeen art. 7.12.14 NBW buiten twijfel wil stellen[71]. Zoals in nr. 3.6 al vermeld houdt de Hoge Raad nauw vast aan de uitwerking van de afstand van rechtgedachte. Dit zou betekenen dat de tegenprestatie alleen voor wat betreft haar omvang verandert. Het praktisch belang van het verschil met de opvatting dat de opzegging de aanneemsom doet vervallen en daarvoor in de plaats een schadevergoedingsplicht intreedt, ligt onder meer hierin dat de opvatting van de Hoge Raad medebrengt dat de aanbestedder de besparingen moet stellen en aannemelijk maken[72]. Dit laatste is ook de uitdrukkelijke opvatting van de Toelichting (blz. 1083). Cremers

[73] heeft aangevoerd dat de herkomst van de opzegbevoegdheid bij aanneming van werk terug te voeren is tot art. 1794 Code Civil, hetgeen zou betekenen dat de grondslag voor die bevoegdheidstoekenning gelegen is in de nauwe band die tussen partijen bestaat en die moet kunnen worden verbroken. De huidige maatschappelijke context van een aanneming van werk is meestal anders te kenschetsen. De moderne grondslag staat te lezen in de Toelichting (blz. 1081): zolang de aannemer er financieel niet op achteruit gaat, is het belang dat de aanbesteder kan hebben bij niet-voortzetting van het werk groter dan het belang van de aannemer bij voltooiing daarvan. Hoewel deze regel in het algemeen geldt, zullen vooral in de bouwwereld sprekende voorbeelden te geven zijn. Men denke aan de aanbesteding van de bouw van een dijk, weg, kerncentrale of parkeergarage in de binnenstad. Maar ook aan het schuurtje in de achtertuin, dat in strijd met de geldende voorschriften dreigt te worden geplaatst.

In dezelfde gedachtengang als die voor de aanneming van werk is ook de bevoegdheid tot opzeggen voor de opdrachtgever in het regeringsontwerp (art. 7.7.1.10 lid 1) geschreven. Aldus de Memorie van Toelichting bij het regeringsontwerp[74]. De Toelichting[75] bij het voorontwerp had ter motivering van de opzegbevoegdheid te allen tijde voor beide partijen gewezen op de 'autonomie van de menselijke persoon' van de opdrachtgever en op het beginsel dat beide partijen gelijkelijk dienden te worden behandeld. Het regeringsontwerp breekt met deze opvatting. Het verschaft slechts dwingend[76] een opzegbevoegdheid tot opzeggen aan de opdrachtgever die een natuurlijk persoon is en de opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Deze bepaling berust dus op de gedachte dat zolang de opdrachtnemer er financieel niet op achteruit gaat[77], het belang dat de opdrachtgever kan hebben bij beëindiging of vermindering van de werkzaamheden groter is dan dat van de opdrachtnemer tot uitvoering daarvan. Daarom deze regel alleen dient op te gaan ten aanzien van opdrachtgevers/consumenten, is mij niet duidelijk. Bij de regeling van aanneming van werk is het financiële belang van de aanbesteder geenszins uitgesloten van de bescherming die daar aan de aanbesteder wordt gegeven. Het komt mij daarom niet logisch voor dat de toekenning van de opzegbevoegdheid aan de opdrachtgever die handelt in de uitoefening van bedrijf of beroep wordt onthouden[78].

Coehorst[79] heeft voorgesteld een uitzondering van de dwingende toekenning van de opzegbevoegdheid te maken ten aanzien van die opdrachtgevers, die met de nakoming niet slechts aan hun verplichtingen voldoen, maar tevens eigen of andermans rechtsaanspraken verwezenlijken. Die rechtsaanspraken behoeven niet uit de opdracht zelf voort te vloeien. De grondslag voor de toekenning van de opzegbevoegdheid wordt door Coehorst toegespitst op de noodzaak tot wederzijds vertrouwen. Wanneer dit aan de relatie van partijen komt te ontbreken, dan vereist de vrijheid van het menselijk individu dat aan de dienstverleningsrelatie een einde kan worden gemaakt. Evenals het voorontwerp baseert Coehorst zich op analogie met art. 1639o BW en niet op die met art. 1647 BW. Zijn uitzonderingscriterium is echter juist vanuit de afstand van recht-idee, die ook aan art. 1647 BW ten grondslag ligt, goed te verdedigen. Ingeval er rechtsaanspraken bestaan, die zouden worden geschonden door het achterwege blijven van de uitvoering van de werkzaamheden, dan is

niet aan de vooronderstelling voldaan dat de wederpartij er financieel niet slechter van wordt.

Het valt op dat de regering Coehorst niet heeft gevolgd en het criterium van het al of niet in de uitoefening van een bedrijf of beroep, en wel als natuurlijk persoon, verstrekken van de opdracht heeft gekozen. Ik vraag mij daarom af of het niet in de bedoeling van de wetgever heeft gelegen alleen maar een bepaling van consumentenbescherming te geven. Als dat inderdaad zo is dan lijkt het mij juist en effectiever de gedachte van afstand van recht te verlaten en voor opdrachten, die door een consument worden gesloten, een maximumduur voor te schrijven ten aanzien van de mogelijkheid een regelmatige opzegging door de opdrachtgever uit te sluiten. Op deze wijze wordt immers de opzegbevoegdheid meer reeel gemaakt doordat de aan de wederpartij te betalen vergoeding wordt beperkt.

Verandering van omstandigheden

Een tweede verbijzondering van de redelijkheid is te onderkennen voor het geval dat de omstandigheden zich zodanig wijzigen dat voortzetting van de overeenkomst bezwaarlijk of zinloos wordt. In het algemeen zal de beperkende werking (en soms wellicht de aanvullende werking) van de goede trouw uitkomst bieden. In het NBW worden aan de rechter in geval van optreden van onvoorziene omstandigheden grote bevoegdheden toegekend in art. 6.5.3.11. In een aantal gevallen heft de wetgever rechtstreeks voor een oplossing gezorgd, hetgeen voor de rechtszekerheid ook na het van kracht worden van deze bepaling van groot belang zal zijn.

Een veel voorkomende omstandigheid die grote wijziging in de onderlinge verhouding brengt of kan brengen, is het overlijden van een van hen. Wanneer de persoon zelf van een van partijen van essentieel belang is als voorwerp of onderwerp van een prestatie, bepaalt de wetgever in een groot aantal gevallen dat de overeenkomst bij de dood van die partij van rechtswege eindigt[80]. Een opzeggingsbevoegdheid geeft de belanghebbende een beoordelingsvrijheid. Daar staat als nadeel tegenover dat, wanneer die belanghebbende partij wordt gevormd door een of meer erfenamen, die partij wellicht niet snel tot een gefundeerd oordeel kan komen terwijl de overeenkomst intussen doorloopt. Na een einde van rechtswege echter kunnen partijen de overeenkomst stilzwijgend of uitdrukkelijk voortzetten, zodat een wettelijke oplossing in de vorm van het einde van rechtswege niet zo absoluut is als die wellicht doet vermoeden.

Opzegbevoegdheid wordt toegekend bij de dood van de werkgever aan diens erfenamen en aan de arbeider (art. 1639m BW); bij de dood van de principaal bij een agentuurovereenkomst aan diens erfenamen en aan de handelsagent (art. 74k lid 2, K). Een bevoegdheid tot opzeggen wordt ook verleend aan de erfenamen van een huurder van bedrijfsruimte, indien zij die ruimte niet aan een derde in gebruik mogen geven (art. 1632 BW). In het NBW bepaalt art. 7.6.6 dat de uitlener onverwijld teruggave kan vorderen als de bruiklener is overleden.

Een verwante problematiek bestaat in het geval een van partijen failliet[81] wordt verklaard. Als speciale regeling is dan in de eerste plaats art. 37 F van belang. Ingeval de gefailleerde huurkoper, huurder,

pachter of werkgever c.q. principaal is, geven art. 38a, 39 respectievelijk 40 F. een oplossing[82].

In het verzekeringsrecht komen een drietal specifieke bepalingen voor in het NBW. Het gaat om de opzegbevoegdheid die in art. 7.17.2.5 wordt gegeven aan de nieuwe verzekerde en aan de verzekeraar in geval van overgang van het verzekerd belang, alsmede om de bevoegdheid die de verzekeraar wordt verschafft door art. 7.17.2.11 lid 1[83]. Ingeval van verzaking van het risico. Indien hetzelfde risico per ongeluk door meer dan één schadeverzekering is gedekt, dan kan de verzekeringnemer de jongste tussentijds opzeggen. In nr. 3.5 zijn deze gevallen voor wat betreft het huidige recht aan de orde geweest.

Instrument voor 'eigenrichting'

Een derde verbijzonderingscategorie is die waarin het redelijk werd gevonden een partij een opzeggingsbevoegdheid toe te kennen als instrument voor het plegen van een soort van 'eigenrichting' ter voorkoming van verdere schade door (wan-)gedrag van de wederpartij. Voor het huidige recht zou dat vooral van belang zijn bij die overeenkomsten waarop het bepaalde in art. 1302 BW niet van toepassing is, te weten de eenzijdige overeenkomsten, doch wettelijke toekenningen van een opzegbevoegdheid komen voor eenzijdige overeenkomsten niet voor. In het NBW geldt de ontbindingsmogelijkheid van art. 6.5.4.6 evenmin voor eenzijdige overeenkomsten. Buitengewone opzegbevoegdheden worden echter toegekend aan de uitlener voor het geval de bruiklener te kort schiet in zijn zorg voor de zaak, of deze verkeerd gebruikt of onbevoegdlijk aan een derde in gebruik geeft of treuzelt met het gebruik waartoe de zaak is uitgeleend (art. 7.6.6). Zie ook de artikelen 7.2.1.4 (verbruikleen) en 7.18.2 (lijfrente), die de uitlener respectievelijk de renteheffer een opzegbevoegdheid geven als de wederpartij zijn verplichtingen niet nakomt. Aan de verzekeraar wordt een opzegbevoegdheid toegekend voor het geval dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen (art. 7.17.1.5 lid 3[84]; art. 7.17.3.17) en indien de verzekerde de premie niet betaalt (art. 7.17.3.12).

Het belang van een ongeschonden vertrouwenspositie

Als laatste verbijzondering is te onderscheiden de toekenning van een opzegbevoegdheid als instrument ter bescherming van het belang van een ongeschonden vertrouwen[85]. Als zodanig omvat deze categorie ook de beide voorgaande categorieën. Het gaat er bij deze bescherming immers ook om die vertrouwenspositie te verdedigen in geval van verandering van omstandigheden en zij verschafft tevens een instrument tot zelfstandig optreden als deze door het gedrag van de wederpartij in het gedrang dreigt te komen.

De hier bedoelde opzegbevoegdheid komt alleen voor in de regelingen betreffende de arbeidsovereenkomst (art. 1639o BW) en de agentschapsovereenkomst (art. 741 K). Deze bepalingen worden door de wetgever gemotiveerd met de strikte noodzaak van het voortduren van het wederzijds vertrouwen dat aan die relaties ten grondslag ligt[86]. Ten aanzien van de arbeidsovereenkomst wordt bovendien gewezen op het feit dat de dienstbetrekking meestal diep ingrijpt in het leven van de arbeider en de werkgever. Volgens de genoemde bepalingen heeft de opzegging altijd het daarmee beoogde rechtsgevolg: het einde van de overeenkomst.

Uitzondering vormt bij de arbeidsovereenkomst de opzegging die in strijd met de opzegverboden van art. 1639h BW wordt gedaan. In het algemeen wordt de opzeggende partij schadelijch (waarbij de wederpartij de keuze heeft tussen het vorderen van schadeloosstelling of volledige schadevergoeding)[87]. Schadelijchheid blijft echter achterwege als de opzegging geschiedt op grond van een onverwijld aan de wederpartij medegedeelde dringende reden.

Voor de arbeidsovereenkomst bestaat die dringende reden uit omstandigheden die ten gevolge hebben dat van de betrokken partij redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren. Voor de werkgever kunnen die omstandigheden slechts uit daden eigenschappen of gedragingen van de arbeider bestaan[88]. Bij de agentuurovereenkomst is de dringende reden nagenoeg gelijk geformuleerd: de omstandigheden van zodanige aard dat van de opzeggende partij redelijkerwijs niet kan worden gevergd de overeenkomst, zelfs tijdelijk, in stand te laten[89]. Een beperking voor de principaal als voor de werkgever, bestaande uit uitsluiting van andere omstandigheden dan die welke gevormd worden door gedragingen of eigenschappen van de agent, komt niet voor. De formulering van de dringende reden valt binnen de omschrijving van de gevallen waarin de rechter op verzoek van partijen de overeenkomst kan ontbinden[90]. De waardering van de omstandigheden zal in voorkomend geval vanzelfsprekend afhangen van onder meer de mate waarin de persoon (persoonlijke integriteit) van een van partijen bij de relatie betrokken is, alsmede van de mate waarin de ene partij een vertrouwenspositie bekleedt.

Wanneer de opzegging geschiedt op grond van een dringende reden die door de wederpartij 'is gegeven' (art. 1639o lid 3 BW) of die gegrond is op omstandigheden waarvan de wederpartij een verwijt treft, dan is die wederpartij schadelijch[91].

Dient hier niet ook de opdracht te worden genoemd? Voor het huidige recht geldt dat de opdracht niet in de wet is geregeld. Zich basierend op de analogie met art. 1639o BW heeft Coehorst onder verwijzing naar het voorontwerp NBW verdedigd dat de opdracht voor beide partijen (zij het onregelmatig) opzegbaar is. Zoals hierboven al beschreven heeft het regeringsontwerp met deze opvatting gebroken. Voor wat de opdrachtgever/consument betreft oordeelt de regering de opzegging altijd mogelijk op grond van de gedachtengang betreffende afstand van recht. De professionele opdrachtgever wordt deze bevoegdheid slechts (aanvullend-rechtelijk) toegekend. Voor wat betreft de opdrachtnemer blijven een aantal vragen onbeantwoord. Uitgangspunt van de Memorie van Toelichting is dat de band met de regeling van de arbeidsovereenkomst losser dient te worden gemaakt, omdat de opdracht te veel van de arbeidsovereenkomst verschilt (geen ondergeschiktheid, minder accent op afhankelijkheid, niet slechts persoonlijke dienstverrichting), met name gezien de grote verscheidenheid waarin de opdracht zich kan voordoen. Bovendien wordt de kritiek, die wijst op de mogelijkheid van een beroep op de rechter op grond van art. 6.5.3.11 (onvoorziene omstandigheden) met instemming begroet. Een (dwingend-rechtelijke) opzeggingsbevoegdheid wordt in elk geval niet passend geacht voor opdrachtnemers die zich hebben verbonden tot zuiver commerciële dienstverlening[92]. Dit standpunt wordt (gemakshalve?) uitgebreid tot alle opdrachtnemers die handelen in de uitoefening van een bedrijf of beroep. Een uitzondering

Bestaan van een opzeggingsbevoegdheid

wordt gemaakt voor het geval zich gewichtige redenen voordoen. Welke die redenen kunnen zijn en welke motivering hieraan ten grondslag ligt, blijft in het vage. Een residu van de gedachte ten aanzien van de persoonlijke autonomie uit het voorontwerp?

A contrario aan de zojuist geciteerde zin uit de Memorie van Toelichting betreffende de zuiver commerciële contracten, redenerend, zou men mogen verwachten dat de niet-professionele opdrachtnemers wel te allen tijde kunnen opzeggen (zij het met schadeplichtigheid). Een dergelijke bepaling ontbreekt echter in afdeling 7.7.1.

Conclusie

Het overzicht van de wettelijke bepalingen die ten aanzien van bepaalde contracten een opzeggingsbevoegdheid toekennen, aangevuld met bepalingen uit het ontwerp voor Boek 7 NBW (voorzover die van de huidige bepalingen afwijken), levert geen samenhangend beeld op. Een aantal bepalingen spreekt vanzelf, indien men uitgaat van de opzegbaarheid van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd (van duurovereenkomsten waarbij partijen of de wet een opzeggingsbevoegdheid niet hebben uitgesloten). Andere bepalingen wekken de indruk dat min of meer per toeval de oplossing van een opzeggingsbevoegdheid gekozen is (met name in geval van overlijden van een partij).

Duidelijke aanknopingspunten voor analoge toepassing op grond van de goede trouw - zulks met het oog op de leer van de HR - vallen niet te ontwaren, of het zou moeten zijn dat een bevoegdheid tot opzeggen geacht moet worden te bestaan als een strikt noodzakelijk geachte vertrouwenspositie te zeer in het geding komt. Hiertegen pleit echter - althans voorlopig - dat de regering in het recente wetsontwerp nr. 17 779 ten aanzien van de opdracht juist van deze gedachte afstapt. Overigens zal in apert onbillijke gevallen de beperkende werking van de goede trouw uitkomst bieden, zij het dat als een minder vergaande oplossing als opzegging mogelijk is, de goede trouw zal meebrengen dat zo mogelijk deze weg gekozen wordt.

Voor afleiding van een beginsel, waarin de bescherming van de vrijheid van personen en goederen tot uitdrukking wordt gebracht en dat inhoudt/medebrengt dat duurzame overeenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen worden opgezegd (zonder opgave van redenen doch met inachtneming van de goede trouw), zoals Winkel heeft verdedigd, is onvoldoende grond aanwezig.

4.5 ONTZEKKING VAN EEN OPZEGBEVOEGDHEID DOOR DE WET

4.5.1 Opzegverboden

Op grond van dogmatische overwegingen, zoals in hoofdstuk 2 beschreven, ben ik van oordeel dat een duurovereenkomst (overeenkomst waarbij de tijdsduur een essentiële vormt) in beginsel opzegbaar is voorzover niet uit de partij-afspraken (bezien in het licht van de vertrouwensleer) het tegendeel voortvloeit. Deze opzeggingsbeperking kan zijn neergelegd in een bepaling van een vaste tijdsduur (al of niet slechts als minimumduur) of in een als zodanig geformuleerde opzeggingsbepaling (normering van de opzeggingshandeling). Ook uit de aard van de overeenkomst

(met name de prestatie) kan een beperking van de opzeggingsbevoegdheid volgen. Vanuit deze zienswijze is een wettelijk verbod van opzeggen van een overeenkomst gedurende de vastgestelde/bepaalde tijd, zoals afgesproken, te beschouwen als het intrappen van een open deur. Van een wettelijk verbod is dan eigenlijk geen sprake. Voorbeelden van dergelijke bepalingen zijn art. 1686 lid 1, BW (maatschap); art. 1796 (verbruikleen); art. 1787 (bruikleen); art. 1615 (huur) en art. 1821 (lijfrente). Voor wat betreft het NBW kan gewezen worden op art. 7:13.1.14 lid 2 (vennootschap). Een wat merkwaardige bepaling komt voor in het regeringsontwerp betreffende de opdracht: de opdrachtnemer, die de overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van een bedrijf of beroep, kan, behoudens gewichtige redenen, de overeenkomst slechts opzeggen indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt[93]. Deze bepaling is van aanvullend recht. Hoewel op zichzelf een vanzelfsprekendheid bevattend, ontleent deze bepaling zijn betekenis juist aan de uitzondering die zij maakt in geval van gewichtige redenen. Deze bepaling is in de vorige paragraaf aan de orde gekomen.

Naast dit soort 'open deur'-bepalingen, komen er wettelijke bepalingen voor die een opzegging - al of niet geclausuleerd - verbieden, die op zichzelf mogelijk zou zijn geweest. De wet wijkt hiermee derhalve af van hetgeen partijen zelf overeengekomen waren en - als specialis - van hetgeen een meer algemene wettelijke regel juist aan partijen voorschrijft. Hieronder zullen deze 'verboden' achtereenvolgens de revue passeren.

Als een rechtstreeks verbod geformuleerd komen opzegverboden voor in de regelingen betreffende de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

Art. 1637i lid 5 BW verklaart de beëindiging van de dienstbetrekking door de werkgever wegens de omstandigheid dat de arbeider in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het discriminatieverbod, nietig[94]. De arbeider heeft twee maanden de tijd om nietigheid te effectueren door middel van een kennisgeving aan de werkgever.

Opzeggingen, waarbij onderscheid gemaakt wordt tussen mannen en vrouwen of tussen gehuwden en ongehuwden, zijn eveneens verboden, doch zijn op die grond niet aantastbaar. Sanctionering kan hier langs indirecte weg geschieden via een vordering ex art. 1639s BW (kennelijk onredelijk ontslag). Eveneens 'kan de werkgever niet opzeggen' wegens huwelijk en wegens bevalling van de arbeider en gedurende de tijd dat de arbeider arbeidsongeschikt is wegens ziekte, gedurende zwangerschap en de tijd tot en met de twaalfde week na de bevalling en gedurende de verhindering van de arbeider om de werkzaamheden te verrichten wegens naleving van een jegens de overheid bestaande verplichting ter bescherming van 's-Lands verdediging of ter bescherming van de openbare orde (art. 1639h leden 2 tot en met 5). Ook hier dient de onwerkzaamheid van de opzegging binnen twee maanden geëffectueerd te worden door mededeling aan de werkgever (art. 1639o lid 5). De reden voor het opnemen van deze bepalingen in de wet is de toekenning van een aanspraak op continuering van de werkkring aan de arbeider. De aanspraak van art. 1637i lid 5, beschermt de arbeider tegen nadelige gevolgen van een poging zich tegen aantasting van zijn belangen door discriminatie te weer te stellen. Meer rechtstreekse bescherming tegen discriminatie wordt geboden door de bepalingen die opzegging door de werkgever wegens huwelijk en wegens bevalling verbieden.

Leden van een ondernemingsraad kunnen niet worden ontslagen op

grond van art. 21 lid 2 WOR dat bepaalt dat 'het de ondernemer niet is toegestaan de dienstbetrekking te beëindigen', behalve wegens een dringende reden of beëindiging van de werkzaamheden van het onderdeel van de onderneming waarin de betrokkene werkzaam is. Een opzegging in strijd met dit verbod is nietig. Nu geen bepaling is opgenomen die bepaalt dat een beroep op die nietigheid moet worden gedaan, lijkt het dat de nietigheid hier van rechtswege geldt. Gezien het doorbreken van het beginsel 'ontslag-ontslag' is aannemelijk dat ook hier sprake moet zijn van vernietigbaarheid (zij het ten detrimente van de rechtszekerheid).

Lid 3 van hetzelfde artikel beschermt werknemers die op een kandidatenlijst voor de ondernemingsraad staan of die korter dan twee jaar geleden lid van de ondernemingsraad zijn geweest, door de ondernemer 'niet toe te staan' de dienstbetrekking 'te beëindigen zonder voorafgaande toestemming van de kantonrechter'. Ook hier is een opzegging, die in strijd met dit verbod wordt gedaan, nietig (van rechtswege). Soortgelijke bepalingen gelden voor enkele door de uitoefening van hun functie op bijzondere wijze kwetsbare werknemers op grond van de Arbeidsomstandighedenwet (zie art. 8, 14, 18 en 19).

Ook in het BBA komt een rechtstreeks alszodanig geformuleerd verbod voor. Het is de werkgever en de werknemer verboden de arbeidsverhouding te beëindigen zonder toestemming van de Directeur van het GAB (art. 6). Uitzonderingen staan in lid 2 van art. 6 en worden bij ministeriele beschikking mogelijk gemaakt. De Directeur van het GAB beslist vandaag de dag in eerste instantie op grond van de redelijkheid[95]. Het ontslag mag niet onredelijk of sociaal onrechtvaardig worden gevraagd of verleend. De nietigheid van een met het verbod strijdige opzegging kan slechts binnen zes maanden worden geeffectueerd (art. 9 BBA).

Opzegverboden worden ook via andere technieken bereikt. De pacht-overeenkomst geldt (behoudens enkele uitzonderingen) voor een bepaalde tijd van twaalf jaren voor een hoeve en van zes jaren voor los land (art. 12 Pachtwet). Deze overeenkomst wordt telkens van rechtswege met zes jaren verlengd (art. 36 lid 1) tenzij een van partijen aan de wederpartij heeft kennisgegeven dat zij verlenging niet wenst (opzegt). De pachter kan dan aan de pachtkamer verzoeken de pachtovereenkomst te verlengen (lid 3), waarbij deze naar billijkheid beslist (art. 38) met in achtneming van het bepaalde in paragraaf 7 Pachtwet. De pachtkamer verlengt in beginsel met zes jaren (art. 45) na afloop waarvan weer van rechtswege verlenging optreedt, tenzij wordt opgezegd als zojuist omschreven, waarbij de pachter wederom om verlenging door de pachtkamer kan verzoeken. Hoewel naar de letter van de wet hier geen verbod tot het doen van een opzegging staat te lezen, komt de regeling desalniettemin op een opzegverbod neer, nu de pachtkamer de bevoegdheid en de plicht heeft de pachtovereenkomst te verlengen, en dus de opzegging buiten effect te stellen, als de billijkheid dat naar haar oordeel medebrengt. De reden voor deze regeling is de pachter een uitzicht op een vaste minimum duur te verschaffen. Dit is niet alleen uit sociaal oogpunt gewenst, doch ook noodzakelijk om te voorkomen dat voor de landbouw vereiste investeringen in de grond achterwege blijven. Deze investeringen komen zowel het bedrijf van de pachter ten goede alsook

aan de voedselvoorziening doordat het totale landbouwareaal wordt verbeterd en/of in stand gehouden.

Weer een andere techniek wordt gevolgd bij de regeling van de huur van woonruimte. Art. 1623c BW bepaalt in lid 1 dat een opgezegde huur-overeenkomst - tenzij de huurder de overeenkomst heeft opgezegd of na de opzegging door de verhuurder schriftelijk in de beëindiging daarvan heeft toegestemd - na de datum waartegen rechtsgeldig is opgezegd van rechtswege van kracht blijft tot de rechter onherroepelijk heeft beslist op een verzoek van de verhuurder (om de datum vast te stellen waarop de huurovereenkomst zal eindigen, lid 2). De rechter kan slechts op grond van een beperkt aantal redenen op dit verzoek toewijzend beschikken (art. 1623e). De ratio van dit materiële opzegverbod is gelegen in de schaarste aan woonruimte en de daarmee zwakke positie van de huurder.

Beide voorgaande technieken worden min of meer verenigd in de regeling betreffende de overeenkomst tot huur van bedrijfsruimte. Deze overeenkomst moet voor een bepaalde tijd van tenminste vijf jaren worden aangegaan (art. 1625 BW) welke duur van rechtswege wordt verlengd met de duur die nodig is om een totale duur van tien jaren vol te maken. Deze verlenging vindt niet plaats als de overeenkomst met inachtneming van het bepaalde in art. 1627 eerste lid, is opgezegd. De huurder (en in beginsel ook de verhuurder) kunnen dus gedurende de eerste periode van minimaal vijf jaren niet opzeggen en daarna niet anders dan tegen het tijdstip van tien jaren. Wordt alsdan niet opgezegd dan loopt de overeenkomst voor onbepaalde tijd door (art. 1623c) tenzij partijen een andere duur waren overeengekomen of alsnog overeenkomen. In deze twee laatstgenoemde gevallen is eveneens de verlenging van rechtswege van kracht (art. 1631d) met eventueel wederom een bepaalde tijd gedurende welke het opzegverbod geldt.

Deze opzeggingen staan alleen voor de huurder open; de verhuurder kan alleen formeel opzeggen. Volgens art. 1627a lid 1, blijft de overeenkomst na het tijdstip waartegen rechtsgeldig is opgezegd van rechtswege van kracht. De verhuurder kan alleen een aanbod tot beëindiging doen, op grond waarvan hij zich tot de kantonrechter kan wenden. Zie hierboven nr. 3.3. De gronden waarop de rechter het verzoek kan toewijzen staan limitatief in art. 1628 (voor het tijdstip tussen vijf en tien jaren) en in art. 1631a (voor de gevallen daarna) vermeld. De ratio van de regeling is gelegen in de afhankelijkheid van de good will aan de plaats waar het bedrijf wordt uitgeoefend. Bij uitzicht op een vaste duur kan pas op verantwoorde wijze in die good will worden geïnvesteerd, zonder welke de bedrijfsvoering eigenlijk niet goed mogelijk is.

In de bovengenoemde gevallen ontbeert de in strijd met het verbod gedane opzegging het beoogde rechtsgevolg: de beëindiging van de overeenkomst. In alle gevallen werkt het verbod alleen als de wederpartij zich niet bij de beëindiging wenst neer te leggen: bij de huur van woonruimte en van bedrijfsruimte geldt het verbod alleen als de huurder niet schriftelijk akkoord gaat; bij pacht moet de pachter zelf voor verlenging zorg dragen, gedurende de vaste perioden kan hij stil blijven zitten maar anderzijds wel akkoord gaan met een beëindigingsovereenkomst. Hetzelfde geldt voor de huurder en verhuurder van bedrijfsruimte. Bij de arbeidsverhouding in de zin van het BBA alsmede bij de opzegverboden moet de nietigheid door de wederpartij binnen zes maanden of twee maanden worden ingeroepen. Uitgezonderd de gevallen waarin opzegging

van een OR-lid, etc. is verboden, doch die verboden gelden niet voor het geval dat de arbeider in de beëindiging schriftelijk toestemt.

De verboden kunnen worden onderscheiden in absolute en in relatieve. Voorbeelden van absolute verboden zijn die welke opzegging verbieden gedurende een bepaalde tijd, ongeacht de reden die men voor de opzegging mocht hebben, zoals bij huur van bedrijfsruimte en pacht. Relatief zijn die verboden die alleen een opzegging wegens een bepaalde reden beogen te verhinderen, zoals het ontslagverbod voor de werkgever wegens huwelijk of bevalling van de arbeider.

Het valt op dat alle regelingen onderling verschillen, ook voor wat betreft de techniek waarin het opzegverbod is neergelegd. De mate waarin optreden van de wederpartij wordt vereist voor het effectueren van het opzegverbod hangt samen met de aard van de overeenkomst en veronderstelde mondigheid van de wederpartij. Van een professionele wederpartij - en dat is de arbeider eigenlijk ook - kan in het algemeen meer activiteit en inzicht worden verwacht dan van een particulier, zoals de huurder van woonruimte. De aansluiting van de regeling van de huur van bedrijfsruimte aan die van woonruimte is dan ook niet zo vanzelfsprekend te achten.

Deze verschillen hebben ook inhoudelijke betekenis. Bij de huur van woonruimte en van bedrijfsruimte heeft de huurder in beginsel recht op voortzetting van de overeenkomst, tenzij een uitzonderingssituatie bestaat. Deze uitzonderingssituatie moet door de verhuurder worden gesteld en aannemelijk worden gemaakt. Dit ligt principieel anders bij de arbeidsovereenkomst. De opzegverboden liggen daar juist besloten in bepaalde uitzonderingssituaties, die de opgezegde werknemer moet stellen en aannemelijk maken. Het opzegverbod komt in de regeling van de arbeidsovereenkomst en in de regeling van de arbeidsverhouding in het BBA - welke regelingen ik hier even tegelijkertijd behandel, gezien hun samenhang als zij (hetgeen meestal het geval zal zijn) beide betrekking hebben op een arbeidsovereenkomst - neer op een recht om de opzegging aan te tasten door middel van het inroepen van de nietigheid. Hierbij zal gemotiveerd dienen te worden op grond waarvan dat gebeurt (d.w.z. op welke verbodsbepalingen men zich beroept). Wanneer het verbod is gegeven voor de omstandigheid dat de vereiste toestemming ontbreekt, dan wordt daarmee bereikt dat de motiveringsplicht voor de beëindiging (zo die al bestaat) wordt versterkt en dat (daardoor) de last van het stellen en aannemelijk maken van de toestemmingsgrond (= het omgekeerde van de verbodsgrond) op de opzeggende partij wordt gelegd. De opgezegde partij kan volstaan met het stellen van de uitzondering dat geen toestemming verkregen is terwijl die wel was vereist. Dit betekent dat de gene die toestemming aanvraagt voor een opzegging van de arbeidsverhouding aan de Dir van het GAB, die aanvraag zal dienen te motiveren. Gezien de toetsingsmaatstaf die de DIR van het GAB hanteert is het niet voorstelbaar dat deze een ongemotiveerde aanvraag in behandeling neemt. Voor wat betreft de toestemming van de kantonrechter, die is vereist op grond van art. 21 WOR, doet zich het probleem voor dat de werkgever een negatief feit moet stellen en aannemelijk maken. Op grond van de regels voor een redelijke bewijslastverdeling[96] komt men dan al gauw tot het oordeel dat de betwistende partij de feiten, die hij aan zijn betwisting ten grondslag legt, moet bewijzen[97].

Neutraal ligt deze problematiek bij de pachtovereenkomst. Gedurende

de vaste periode heeft de pachter 'absoluut' recht op voortzetting. Bij de aanvraag om verlenging echter beslist de pachtkamer naar billijkheid en het systeem van de wet brengt mee dat zowel de pachter als de verpachter hun eigen belangen stellen en aannemelijk maken. Het belang van de pachter bij voortzetting ligt in het algemeen overigens voor de hand zodat de feitelijke 'bewijslast' bij de verpachter zal liggen[98].

Het is van belang op te merken dat in al deze gevallen, waarin een opzegging is verboden, bijzondere wettelijke voorzieningen bestaan om de overeenkomst aan de wijziging van omstandigheden aan te passen c.q. te beëindigen. Bij de arbeidsovereenkomst biedt art. 1639w BW elk van partijen de mogelijkheid zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de overeenkomst wegens gewichtige redenen ontbonden te verklaren. Gewichtige redenen zijn omstandigheden respectievelijk gedragingen van de arbeider, die ten gevolge hebben dat van de arbeider respectievelijk de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren ('dringende redenen') alsmede veranderingen in de omstandigheden welke van dien aard zijn dat de dienstbetrekking billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Ondanks de opzegverboden zal het dus nagenoeg altijd zo zijn dat een tot onbillijkheid leidende voortzetting kan worden voorkomen.

De opzegverboden gelden niet wanneer de opzeggende partij een dringende reden heeft om op te zeggen[99]. Enige uitzondering vormt het verbod van art. 1637j BW, maar het ligt voor de hand dat een beroep op een wettelijke bescherming nooit een dringende reden kan vormen om de dienstbetrekking te beëindigen[100].

Het verbod van art. 6 BBA geldt niet indien de beëindiging geschiedt om een dringende, onverwijld aan de wederpartij medegedeelde reden (lid 2). De omschrijving van de dringende reden staat in art. 1 onder 1, en sluit exact aan bij die van art. 1639p en 1639q BW. Verder is het niet te verwachten dat de Dir. van het GAB zijn toestemming voor een beëindiging zal weigeren als dit tot een kennelijke onbillijkheid voor de aanvrager zal leiden.

Bovendien maken de arbeidsvoorwaarden tot op zekere hoogte deel uit van de overheidszorg, waarbij bij wijze van voorbeeld gewezen kan worden op de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 1968 (Stb. 657). Daarnaast bestaan er bijzondere mogelijkheden om door middel van collectieve actie tot aanpassing van de arbeidsvoorwaarden in de individuele arbeidsverhoudingen te komen. Bij de totstandkoming van het BBA werd destijds (1945) in de art. 11 tot en met 20 een regeling betreffende het College van Rijksbemiddelaars gegeven, welk college de bevoegdheid werd gegeven de lonen en arbeidsvoorwaarden bindend vast te leggen.

Bij een pachtovereenkomst is de pachtsom onderwerp van een dwingende regeling in de bepalingen van paragraaf 5 van de Pachtwet (art. 13 tot en met 19). Van bijzonder belang is art. 19 dat een tussentijdse aanpassing door de grondkamer mogelijk maakt. De grondkamer herzielt de tegenprestatie indien dit door de goede trouw wordt gevorderd of gewijzigde omstandigheden dit rechtvaardigen (art. 19 lid 2). In geval van wanprestatie geldt de speciale regeling van art. 55 en 56 Pachtwet.

Voor wat betreft de huur van woonruimte zij er aan herinnerd dat de rechter op een aantal gronden het einde van de huur kan bepalen (art. 1623e BW), waaronder slecht gedrag van de huurder of de noodzaak tot

dwingend eigen gebruik indien de billijkheid dat meebrengt en de huurder andere passende woonruimte kan verkrijgen[101].

In de regeling van de huur van bedrijfsruimte is de bevoegdheid van de kantonrechter opgenomen om de huurprijs nader vast te stellen, te weten na afloop van de afgesproken vaste duur of, bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd, telkens nadat vijf jaren sedert de aanvang zijn verstreken (art. 1632a BW). Wanneer een verlenging plaats vindt omdat de huurder niet akkoord gaat met het aanbod tot beëindiging of het verzoek tot beëindiging door de kantonrechter wordt afgewezen dan kan de kantonrechter een nieuwe huurprijs vaststellen (art. 1626 lid 3).

Conclusie

Buiten de hiergenoemde regelingen komen opzegverboden in de wet niet voor. Dit wetligt de conclusie dat opzegverboden (wettelijke bepalingen die in gevallen, waarin partijen het voortduren van een overeenkomst afhankelijk hebben gesteld van de voortdurende van hun beider wil tot die gebondenheid, die overeenkomst verder laten totstandkomen ondanks het feit dat een van partijen aan de ander heeft laten weten dat zijn wil voor het toekomende is geëindigd) alleen voorkomen in gedetailleerd uitgewerkte regelingen. Deze regelingen kenmerken zich door een samengaan van zowel private belangen van de betrokken partijen met algemene belangen ten aanzien waarvan de overheid een zeker beleid voert[102]. Wat de positie van de bij de geregelde overeenkomst betrokken partijen betreft kan gezegd worden dat de ene partij doorgaans in een afhankelijke positie pleegt te verkeren ten opzichte van de wederpartij terwijl er voor hem kardinale belangen op het spel staan[103].

4.5.2 Voortzetting na moment waarop het einde was voorzien

Algemeen

In de wetgeving komen nog andere bepalingen voor die een ontzegging van de opzegbevoegdheid meebrengen. In een aantal gevallen wordt immers een vaste duur bepaald voor de tijd dat een overeenkomst wordt aangegaan of verlengd, ingeval partijen een overeenkomst na het tijdstip van beëindiging feitelijk voortzetten[104]. Het is de vraag hoe deze bepalingen zich verhouden tot de zojuist besproken opzegverboden. Een kenmerkend onderscheid is dat de hier aan de orde komende bepalingen alleen betrekking hebben op een situatie waarin een overeenkomst reeds was geëindigd en die de rechtsgevolgen beogen te regelen die ontstaan wanneer partijen de uit die overeenkomst ontstane feitelijke relatie voortzetten. Omwille van de duidelijkheid van het betoog zal ik eerst nader ingaan op de bijzondere situatie die zich dan voordoet. Vervolgens zal ik de wettelijke regelingen, die op deze problematiek betrekking hebben, aan de orde stellen.

Het stilzwijgend voortzetten van een feitelijke relatie[105] na het moment waarop het einde van rechtswege van de overeenkomst, die die relatie in het leven heeft geroepen, was voorzien, levert een bijzondere situatie op: deze geeft aanleiding te veronderstellen dat partijen een verdere wederzijdse gebondenheid wensen. Door de feitelijke voortzetting kunnen zij al gauw geacht worden zich stilzwijgend tegenover elkaar verder te binden. Rechtbank Amsterdam (24 maart 1933, NJ 1934, 1000) noemde dit - terecht - een beginsel van ons recht. Het bijzondere van

de situatie is gelegen in het feit dat de stilzwijgende toestemming alleen maar betrokken behoeft te zijn op de duur van de verdere rechtsrelatie. Die duur is immers het enige onderdeel van de oorspronkelijke overeenkomst dat duidelijk is geëindigd (waardoor de hele overeenkomst ten einde kwam). Over alle andere aspecten hebben partijen al overeenstemming bereikt, zodat bij feitelijke voortzetting wat dat aangaat geen leemte ontstaat. Het bijzondere karakter van deze situatie, brengt de mogelijkheid met zich mee een regeling te geven door de zaak als het ware om te keren en de fictie te introduceren dat, zonder bewijs van het tegendeel, ervan wordt uitgegaan dat partijen door hun gedane voortzetting stilzwijgend hun overeenkomst hebben verlengd of een nieuwe zijn aangegaan[106]. Bij het opstellen van die regeling gebieden zowel het redelijkheids- als het autonomiebeginsel dat de inhoudelijke werking ervan zo beperkt mogelijk wordt gehouden en zoveel mogelijk aansluit bij de meest waarschijnlijke feitelijke toedracht (indien partijen zich het einde van de relatie wel bewust waren geweest).

Volgens mijn in nr. 2.4 omschreven voorstelling van de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd, is een zodanige overeenkomst rechtsgeldig bestaanbaar door (de aanneming van) een in de tijd volgehouden wilsovereenstemming. Voor duurovereenkomsten voor bepaalde tijd is die duurovereenstemming niet nodig omdat ook zonder deze geheel aan de eisen van art. 1356 BW is voldaan. 'Niet nodig' wil natuurlijk nog niet zeggen 'niet aanwezig'; ook bij een overeenkomst voor bepaalde tijd kan men zijn toestemming volhouden tijdens de loop van de overeenkomst. Tot aan het moment van eindigen van rechtswege (door ommekeer van de bij de aanvang bepaalde tijd) is die volgehouden toestemming rechtens niet relevant, maar na dat einde zal het juist die volgehouden toestemming zijn die partijen - vaak onbewust - tot voortzetting van hun relatie brengt. Dit lijkt mij althans waarschijnlijker dan dat partijen - zonder dat zij hieromtrent ook maar iets uitdrukkelijk verklaren! - een geheel nieuwe overeenkomst zouden hebben willen sluiten. Uit de omstandigheid van feitelijke voortzetting kan bovendien (zeer uitzonderlijke situaties buiten beschouwing gelaten) niet méér worden afgeleid dan dat partijen het kennelijk op het bewuste moment eens zijn over voortzetting, maar omtrent een wil tot een (verdergaande) gebondenheid voor de toekomst zegt die voortzettingshandeling in het algemeen niets. Het komt mij daarom voor dat het zowel uit een oogpunt van realiteitszin als van respect voor de autonomie van partijen gewenst is aan te nemen dat door de feitelijke voortzetting van de relatie een overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt gesloten in die voege dat de oorspronkelijke overeenkomst alsnog voor onbepaalde tijd wordt voortgezet. Leemten treden er op deze wijze niet op (wettelijke regelingen, die in die veronderstelde leemten beogen te voorzien, zijn als zodanig dus overbodig, hetgeen een bijkomend voordeel van deze oplossing is). Het enige onzekere element, de tijdsduur van de voortzetting van de aan de feitelijke relatie ten grondslag liggende overeenkomst, is immers door de duurovereenstemming bepaald, terwijl hiermee tevens vaststaat dat elk van partijen die tijdsduur door opzegging kan beëindigen. Dit uiteraard met inachtneming van de voor die opzegging geldende wettelijke en/of contractuele bepalingen, zo die mochten bestaan, althans met inachtneming van de eisen van de goede trouw.

In de wet komen de volgende regelingen voor:

Huur

Voor de huurovereenkomst in het algemeen is de feitelijke voortzetting geregeld in art. 1609 BW en verder uitgewerkt in art. 1623 ondanks het feit dat plaatsing in verschillende afdelingen anders zou doen vermoeden[107]. Volgens art. 1609 ontstaat er, indien na het eindigen van een schriftelijk aangegane huur de huurder 'in het bezit is gebleven en gelaten' een nieuwe huurovereenkomst, waarvan de gevolgen geregeld worden bij de artikelen die betrekking hebben op de mondelinge huur. Art. 1623 voegt daar nog aan toe dat de huurder geacht wordt de zaak op dezelfde voorwaarden te blijven behouden voor de tijd welke het plaatselijk gebruik medebrengt en dat deze rechtsrelatie (t.w. de plicht het gehuurde niet te verlaten enerzijds en de plicht de huurder niet tot ontruiming te dwingen anderzijds) niet anders beëindigd kan worden dan na een tijdige opzegging, overeenkomstig het plaatselijk gebruik gedaan. Bij voortzetting van de feitelijke relatie schept de wet in dit geval het vermoeden van het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst, welk vermoeden berust op het algemeen beginsel dat ook op grond van gedragingen van partijen hun toetreding tot een overeenkomst mag worden aangenomen (HR 16 december 1937, NJ 1938, 526). Het vermoeden houdt niet in dat de overeenkomst wordt verlengd, maar dat er een nieuwe overeenkomst wordt gesloten hetgeen op zich al tot uitdrukking wordt gebracht door de bepaling dat, terwijl de oorspronkelijke een schriftelijke overeenkomst was, op de nieuwe het regiem van een mondelinge huur van toepassing is. (HR 13 december 1928, NJ 1929, 733, W. 11939). Hierdoor ontstaat onder andere het probleem dat onzekerheid optreedt omtrent de vraag welke bedingen uit de oorspronkelijke overeenkomst overgaan in de nieuwe[108].

Wat het duur - aspect van de nieuwe overeenkomst betreft valt het op dat, hoewel art. 1623 spreekt van 'dezelfde voorwaarden', er twee 'nieuwe' bepalingen gelden: op de eerste plaats wordt de nieuwe overeenkomst geacht te zijn aangegaan voor de tijd welke het plaatselijk gebruik medebrengt en op de tweede plaats moet een tijdige opzegging krachtens het plaatselijk gebruik worden gedaan. Wat de tijdsduur van de nieuwe overeenkomst betreft moet aangenomen worden dat de bepaling door de wetgever beoogt te voorzien in de leemte die door de stilzwijgendheid van het aangaan van de overeenkomst noodzakelijkerwijs zou ontstaan (HR 9 mei 1947, NJ 1948, 448, vgl. ook HR 10 februari 1939, NJ 1939, 851). Opvulling van die leemte dient volgens de Hoge Raad (zie het arrest van 1947) dan als volgt te geschieden: volgen van de (plaatselijke) gewoonte die zich in het bijzonder voor de duur van stilzwijgende wederinhuringen heeft gevormd; bestaat een zodanige gewoonte niet dan zal moeten worden gelet op die huurovereenkomsten, waarbij partijen bij voorbaat, voor het geval van voortzetting, omtrent de tijdsduur daarvan zijn overeengekomen; is een zodanige gewoonte ook niet te ontdekken dan moet worden gekeken naar de ter plaatse gebruikelijke termijnen voor oorspronkelijke huurovereenkomsten; gelden er meerdere gebruiken tegelijkertijd dan gebiedt de redelijkheid de kortste termijn aan te houden; is geen enkel gebruik aanwezig dan moet overeenkomstig de in art. 1374 en 1375 BW vervatte beginselen de duur naar redelijkheid en billijkheid worden vastgesteld.

Tegen deze regeling bestaat het bezwaar dat zij de rechtszekerheid niet bevordert. Meijers heeft de oorsprong van de regeling in de wet

onderzocht[109]. Hij wijst op het feit dat de uitlegging die aan het artikel gegeven wordt berust op een misverstand, waarin de wetgever van 1838 is vervallen. De bepaling is overgenomen van het Franse recht. Vroeger kende men daar in alle steden één dag in het jaar[110] of enige periodiek terugkerende dagen (de eerste dag van een kwartaal of van een semester) waarop mondeling aangegane huren eindigden. Werd een opzegging verlangd, dan moest deze minstens één termijn van te voren geschieden. Van zodanige huren kon men, aldus nog steeds Meijers (aan wie het navolgende grotendeels is ontleend), zowel zeggen, dat zij stilzwijgend van jaar tot jaar, van kwartaal tot kwartaal, etc. doorliepen als dat zij tegen de gebruikelijke dag met de gebruikelijke opzeggings-termijn moesten worden opgezegd. Het ging er immers alleen om dat niet de huur plotseling tegen een willekeurig tijdstip zou worden beëindigd, aangezien dit voor de wederpartij - of deze nu huurder of verhuurder was - het bezwaar meebracht dat alsdan moeilijk een nieuw huurcontract met een ander kon worden gesloten. Of men in dat geval een vaste duur of een vaste dag waartegen plus een vaste opzegtermijn voorschrijft, maakt inhoudelijk geen verschil. Verschil bestaat er echter in benoeming: is er nu sprake van een overeenkomst voor bepaalde tijd (met een telkenmale stilzwijgende verlenging) of van een overeenkomst voor onbepaalde tijd met een strikt opzeggingsregime? In het toenmalige Parijse recht gold dat huur voor bepaalde tijd alleen schriftelijk kon worden aangegaan (deze behoefde niet te worden opgezegd en liep van rechtswege af op het voorziene tijdstip). Huur zonder geschrift was er daarom altijd een voor onbepaalde tijd; deze kon dan alleen worden opgezegd met in achneming van de ter plaatse geldende termijnen (termijn en dag waartegen). In de Code Civil is nu het Parijse recht opgenomen: na het einde van een huur voor bepaalde tijd (*bail fait par écrit*) ontstaat er stilzwijgend een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd (*bail sans écrit*) (Vgl. art. 1736 t/m 1738 C.C.). Deze regel is door onze wetgever overgenomen, waarbij hij de terminologie van huur met geschrift en zonder geschrift heeft gevolgd. Daarbij heeft hij echter de oud-vaderlandse regel gehandhaafd, dat mondelinge huur ook voor bepaalde tijd kon worden aangegaan. Hierdoor werd de *bail sans écrit* echter wezenlijk van karakter veranderd en hiermee ook de stilzwijgende wederinhuur! Bij ons kan de stilzwijgende wederinhuur dus ook voor bepaalde tijd geacht worden te zijn aangegaan. (Een tweede gevolg was dat het merkwaardige feit ontstond dat een huur voor bepaalde tijd toch moest worden opgezegd om te kunnen eindigen, zie art. 1607.) Maar hierdoor wordt dan het probleem opgeroepen dat een stilzwijgend aangaan geen bepaling van die tijdsduur inhoudt. Aldus ontstaat een leemte die volgens de Hoge Raad door art. 1623 moet worden opgevuld. (Dit gebeurde dan door verwijzing naar het plaatselijk gebruik, een verwijzing die in het Franse recht geen zelfstandige betekenis had naast de regeling van de opzegging). Meijers onderzoek laat echter zien dat die leemte juist door de wetgever zelf is opgeroepen. Hij meent daarom dat zonder duidelijk gebruik de stilzwijgende wederinhuring als een overeenkomst voor onbepaalde tijd moet worden beschouwd.

In het NBW wordt het onderscheid tussen de mondelinge en schriftelijke huur verlaten en men of meer vervangen door het onderscheid huur voor bepaalde en onbepaalde tijd. De stilzwijgende wederinhuur is geregeld in art. 7.4.4.6: na afloop van een gecindigde (mondelinge of schriftelijke) huurovereenkomst wordt door feitelijke voortzetting, tenzij van een

andere bedoeling blijkt, de overeenkomst voor onbepaalde tijd verlengd (hij kan verder worden opgezegd als alle huurovereenkomsten voor onbepaalde tijd). De ontwerper gaat er van uit dat door de feitelijke voortzetting (i.c. met goedvinden van de verhuurder in het genot van het gehuurde blijven) partijen bedoelen hun overeenkomst voort te zetten, en wel voor onbepaalde tijd (Toel. blz. 947, 949). Het gaat om een verlenging van de oorspronkelijke overeenkomst, omdat de ontwerper dit meer in overeenstemming acht met de onderstelde wil van partijen; het is waarschijnlijker dat partijen geen verandering wensen dan dat zij dat wèl willen (Toel. blz. 950). Alle bedingen 'gaan dus over', dat wil zeggen blijven van kracht. Alleen bepalingen die geheel toevallig en zonder verband met de overige inhoud zijn begrepen in de wilsovereenstemming, welke ook de oorspronkelijke huurovereenkomst bevatte, behoren niet tot de inhoud van die oude overeenkomst en gaan niet in de verlengde over (Toel. blz. 950).

Tot slot de kwestie hoe de zaak ligt als de oorspronkelijke overeenkomst de mogelijkheid van tussentijdse opzegging bevat. De Hoge Raad heeft deze vraag aldus beantwoord: aangezien de stilzwijgende voortzetting geacht wordt op dezelfde voorwaarden te zijn aangegaan, bestaat er wat dit betreft dus geen leemte en wordt deze bevoegdheid ook in de nieuwe overeenkomst opgenomen (HR 10 februari 1939, NJ 1939, 851). In mijn visie is een overeenkomst voor bepaalde tijd met een tussentijdse eenzijdige beëindigingsbevoegdheid voor het toekomstige een overeenkomst voor onbepaalde tijd met een maximumduur. Dat partijen door een feitelijke voortzetting de werking van die maximumduur te niet kunnen doen, ligt voor de hand.

Arbeidsovereenkomst

De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst onderscheidt vier gevallen van voortzetting.

1. De stilzwijgende voortzetting van de dienstbetrekking na het verstrijken van de tijd waarop de overeenkomst van rechtswege is geëindigd (art. 1639f lid 1, jo. art. 1639e lid 1 BW);
2. De voortzetting van de dienstbetrekking aangegaan voor onbepaalde tijd met een minimumduur doordat tijdige opzegging achterwege is gebleven (art. 1639f lid 2);
3. de voortzetting van een overeenkomst voor bepaalde tijd in het algemeen (dus al of niet stilzwijgend) (art. 1639f lid 3);
4. de voortzetting van een overeenkomst voor onbepaalde tijd in het algemeen[111].

ad 1. Indien de dienstbetrekking na de eindtermijn zonder tegenspraak wordt voortgezet, moet stilzwijgende verlenging worden aangenomen. Aldus de MvT[112]. Twijfel bestond ten aanzien van de duur waarvoor de verlenging moest geacht worden te gelden. Men aarzelde of dit voor onbepaalde tijd moest zijn of voor dezelfde duur als de oorspronkelijke, al of niet met een maximumduur van een jaar. Het leek de wetgever het meest rationele de regel van art. 1639e te laten gelden, dus verlenging voor dezelfde tijd. Waarom dit het meest rationeel is, wordt in het vage gelaten. Het is voorstelbaar dat de wetgever het geval voor ogen stond van arbeiders, ten aanzien van wie bijvoorbeeld het gebruik gold dat zij slechts na het binnenhalen van de oogst konden worden heen-

gezonden. Bij deze regeling heeft de beschermingsgedachte een rol gespeeld. De werkgever die niet meer op dezelfde tijd of dezelfde voorwaarden wenste door te gaan, moest dit maar (tijdig) uitdrukkelijk zeggen. Het gaat niet aan de arbeider hieromtrent in onzekerheid te laten [113]. Hierbij moet aangetekend worden dat destijds de bescherming tegen opzegging door de werkgever nog maar erg pover was [114]. Het is merkwaardig dat in de optiek van art. 1639f lid 1, de regeling van art. 1639e ineens ook betrekking heeft op overeenkomsten met een tijdsbepaling die tevens een minimumduur inhoudt. Dit is, zoals in nr. 2.4 is uiteengezet, in art. 1639e niet te lezen. De bepaling is bovendien slechts van aanvullend recht. Het staat partijen vrij in de aanvang al een andere regeling overeen te komen [115]. Zijn partijen een tussentijdse opzegbevoegdheid overeengekomen, dan is art. 1639f lid 1, slechts in zoverre van belang dat het buiten twijfel stelt dat de overeenkomst op dezelfde voorwaarden doorloopt. Merkwaardig is de bepaling ook omdat blijkbaar geen rekening gehouden wordt met andere vormen van tijdsbepaling. Bijvoorbeeld: de bepaling in een arbeidsovereenkomst dat deze van rechtswege eindigt op het moment waarop de arbeider de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt, of hem een bepaalde bevoegdheid door een overheidsorgaan of rechterlijke uitspraak is ontnomen; beëindigingswijzen die art. 1639e lid 1, niet uitsluit.

Bij de wijziging van 1953 [116] heeft de wetgever de verlenging tot een maximum van een jaar beperkt, omdat partijen bij het verzuim van een tijdige opzegging, die voor voortgezette dienstbetrekkingen voor bepaalde tijd altijd verplicht was op grond van het alsdan tevens toegevoegde lid 3 (zie aanstonds), wel heel erg lang aan elkaar gebonden zouden blijven [117].

ad 2. Lid 2 van art. 1639f ziet op het geval dat tijdige opzegging achterwege is gebleven terwijl opzegging nodig is en partijen de gevolgen daarvan niet opzettelijk hebben geregeld. Het gaat om de overeenkomsten welke in het - ongelukkig geformuleerde - art. 1639e lid 2, werden bedoeld; dus overeenkomsten met een minimumduur. Wanneer opzegging in het geheel achterwege blijft, lopen deze naar hun aard gewoon door. Wanneer opzegging wel plaatsvindt, maar niet tijdig (dus in de situatie van 1907, in strijd met de minimumtermijn), dan vindt er een onregelmatige opzegging plaats. De sanctie op een dergelijke opzegging staat en stond geregeld in art. 1639o: schadeplichtigheid. De ontijdige opzegging heeft tot gevolg dat de overeenkomst - in het geval een contractuele regeling ontbreekt - wordt geacht wederom te zijn aangegaan: een redelijke toepassing van de wet brengt mee dat deze fictie alleen betrekking heeft op de lengte van de duur op grond waarvan de schadeplichtigheid wordt bepaald (art. 1639r BW).

De onderhavige regel bepaalt bovendien dat - wederom als partijen niet opzettelijk anders hebben geregeld - de overeenkomst ook in dit geval geacht wordt voor dezelfde tijd te zijn aangegaan [118]. Met andere woorden dan geldt opnieuw de oorspronkelijke minimumduur (met een maximum van één jaar sinds 1953). Ook hier doet zich het probleem voor dat er onduidelijkheid kan bestaan over die nieuwe termijn. Bijvoorbeeld: een overeenkomst voor een bepaald werk wordt gevolgd door een overeenkomst voor een geheel ander werk. Volgens het derde lid is dan opzegging nodig. De Dir. GAB geeft geen toestemming voor die opzeg-

Bestaan van een opzeggingsbevoegdheid

ging, zo nemen we voor dit geval even aan. Voor welke tijd moet de overeenkomst geacht worden 'opnieuw te zijn aangegaan'? Terecht is mijns inziens geoordeeld[119] dat dit voor onbepaalde tijd moet zijn: een tijdstip waarop de overeenkomst van rechtswege zal eindigen is immers realiter niet meer aan te geven.

Een eventueel bestaande bevoegdheid tot tussentijdse opzegging blijft ook in de voortgezette overeenkomst bestaan. Voor zover nodig volgt dit uit lid 1, waarnaar lid 2 verwijst.

ad 3. Lid 3 van art. 1639f bepaalt dat voor de beëindiging van een voor bepaalde tijd aangegane dienstbetrekking 'voorafgaande opzegging' nodig is. Deze bepaling is van driekwart dwingend recht (lid 5) en omvat meer dan de in de leden 1 en 2 genoemde gevallen. Ook het aangaan van een nieuwe overeenkomst tijdens de looptijd van de eerste valt er onder. De ratio van lid 3 is ontduiking[120] van de bescherming, die het BW sinds 1953 ten aanzien van een opzegging aan de arbeider biedt, te voorkomen, doordat telkens een overeenkomst voor bepaalde tijd zou worden aangegaan[121]. Het sluiten van een beëindigingsovereenkomst doet op zichzelf aan het vereiste van opzegging niet af. Aangenomen moet worden dat lid 3 partijen niet de mogelijkheid ontnemt de relatie met wederzijds goedvinden te beëindigen[122]. Een zodanige beëindiging houdt voor de arbeider een afstand van recht op opzeggingsbescherming in. Het bepaalde in lid 3 komt nu neer op een verbod tot het doen van afstand van recht op opzeggingsbescherming, indien die opzeggingsbescherming betrekking heeft op een toekomstige situatie. Dit lijkt een ongerijmdheid; wél afstand van recht mogelijk, als terstond het einde intreedt, niet afstand mogelijk, indien de relatie nog enige tijd duurt en er voor de arbeider dus 'méér overblijft'. Hiertegen is in te brengen dat de wetgever op meerdere plaatsen heeft gemeend mensen te moeten beschermen tegen een al te lichtzinnig afstand doen van recht. Het feit dat de overeenkomst nog enige tijd doorloopt zou de arbeider er ongemotiveerd toe kunnen verleiden afstand van 'recht op opzegging' te doen[123]. Dit neemt echter niet weg dat een te starre toepassing van deze regel voor de praktijk bezwaarlijk kan zijn. Aangenomen moet worden dat lid 3 niet toepasselijk is op overeenkomsten, die, hoewel deze het einde niet terstond doen intreden, toch van dien aard zijn dat het beëindigingsaspect duidelijk het verlengingsaspect overheerst[124]. De Hoge Raad achtte in een bepaald geval[125] van belang het feit dat de overeengekomen verlenging geheel samenviel met de opzeggingstermijn, terwijl bovendien een verlenging met zodanige termijn nog niet eerder had plaatsgevonden.

De regel van lid 2 geeft een extra gewicht aan het bepaalde in lid 3. Blijft geldige opzegging achterwege, dan loopt de overeenkomst door met dezelfde (minimum) termijn van maximaal een jaar. De combinatie van lid 3 met lid 2 heeft tot gevolg dat voor stilzwijgende voortzetting slechts éénmaal plaats is, namelijk bij de eerste voortzetting. Daarna is tegenspraak alleen van belang indien dit gebeurt in de vorm van een 'voorafgaande opzegging', die aan alle vereisten voor een regelmatige opzegging voldoet.

ad 3 en 4. De regel van art. 1639f lid 3 heeft alleen betrekking op voortzetting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Deze term is min

of meer per ongeluk in de tekst terecht gekomen[126]. Aangenomen moet worden dat deze ziet op elke situatie, waarin na het bereiken van een tijdstip, waarop de overeenkomst volgens haar inhoud (incl. de werking van wet of gebruik) van rechtswege zou eindigen, partijen de relatie hebben voortgezet (ongeacht de kwalificatie van de oorspronkelijke overeenkomst). Dit heeft tot gevolg dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd, die door opzegging wordt beëindigd en daarna (uitdrukkelijk) voor een bepaalde tijd wordt voortgezet, niet onder de bepaling van art. 1639f lid 3 valt. Levenbach[127] geeft toe dat dit waarschijnlijk niet geheel doordacht is, doch hij acht dit niet zo bezwaarlijk omdat de bescherming, welke genoemde derde lid beoogt te geven, reeds bij de eerste beëindiging van kracht is geweest. Hij gaat er daarbij vanuit dat die voortzetting slechts van korte duur zal zijn. Dat dit in de praktijk anders kan uitvallen bewees de zaak Venditti-Lummus[128], waarbij een werknemer, die op basis van een overeenkomst voor onbepaalde tijd in dienst was, een overeenkomst voor onbepaalde tijd met zijn werkgever een 'Beëindigingsovereenkomst' met een duur van anderhalf jaar sloot. Lid 3 mist dan toepassing. Door Huizinga[129] is dit mijns inziens terecht een leemte in de wettelijke regeling van de opzegging van arbeidsovereenkomsten genoemd.

Door de vergaande bescherming inzake de opzegging is de regeling van art. 1639f onnodig zwaar geworden, ondanks het feit dat de meeste ontslagverboden van art. 1639h niet gelden (art. 1639h lid 5). De regeling gaat verder dan (tegenwoordig) nodig is. Het is bij de huidige regeling van de opzegging voldoende dat de werknemer die bescherming ook daadwerkelijk krijgt. Dit is al het geval als de overeenkomst wordt voortgezet voor onbepaalde tijd. Het is daarom mijns inziens zeker na 1953 het meest rationeel om - zo een bepaling in die richting nog nodig is - lid 1 in die zin te wijzigen dat voortzetting voor onbepaalde tijd geschiedt. Hetzelfde geldt voor lid 2. Hierbij komt dat reeds nu in een aantal gevallen het praktisch niet anders kan dan dat, ook in geval van stilzwijgende voortzetting respectievelijk met opzettelijke regeling van de gevolgen, een overeenkomst voor onbepaalde tijd aanwezig geacht moet worden. Zowel door stilzwijgende voortzetting als door voortzetting op andere wijze, geven partijen te kennen de afloop van rechtswege niet altijd doorslaggevend te vinden. Bij het aanbreeken van een volgend tijdstip is daarom de verwachting gewettigd dat de wederpartij wellicht wederom tot voortzetting genegen zal zijn. Vaak zal een reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in wezen te beschouwen zijn als een overeenkomst voor onbepaalde tijd[130]. Blijkbaar heeft er dan al die tijd wilsovereenstemming bestaan. Lid 3 komt mij daarom logisch voor, zowel uit dogmatisch als praktisch oogpunt.

Agentuurovereenkomst

Wanneer de agentuurovereenkomst, die voor een bepaalde termijn is aangegaan, na het verstrijken van die termijn door partijen stilzwijgend wordt voortgezet, wordt zij geacht wederom te zijn aangegaan op dezelfde voorwaarden en voor dezelfde tijd, doch ten hoogste voor een jaar. Dit geldt voor elke verdere stilzwijgende voortzetting (art. 74i K). Partijen kunnen van te voren een andere regeling afspreken (art. 74r K). Bij de totstandkoming van deze bepaling is bewust afgezien van een verlenging (gesproken wordt van een nieuwe overeenkomst) voor onbepaalde

tijd omdat dit zou betekenen dat de overeenkomst op vrij korte termijn zou kunnen worden beëindigd[131] (te weten opgezegd worden met een termijn van een maand, art. 74j K). Waarom dit een bezwaar zou zijn (hetgeen kennelijk niet als zodanig wordt gevoeld voor een overeenkomst voor onbepaalde tijd) wordt in het vage gelaten. Wellicht heeft de wetgever gedacht aan de omstandigheid dat een overeenkomst als deze, die voor bepaalde tijd wordt aangegaan, meestal voor een vrij geruime tijdsduur wordt gesloten en dat beëindiging met een maand de agent in verlegenheid zou brengen, doch dit lijkt mij geen logische gedachte omdat hij al had moeten rekenen met een beëindiging van rechtswege. Door een simpele niet nakoming na de bewuste datum zou stilzwijgende voortzetting zijn voorkomen en dan had de agent helemaal met lege handen gestaan.

De oorsprong van deze voortzettingsbepaling ligt in het vroegere art. 75g K, dat in 1936 werd ingevoerd in navolging van art. 1639f BW (zoals dat toen luidde) gezien de bedoeling om de eveneens in afhankelijkheid werkende agent te beschermen[132]. De beperking van de voortzetting tot maximaal een jaar is in het huidige art. 74i niet overgenomen van het huidige art. 1639f doch is een tussenoplossing tussen het oude art. 75g K (welke bepaling men te ver vond gaan) en de Belgische rechtsregel die een verlenging met onbepaalde tijd bevatte.

Vennootschap

In het huidige recht komt een wettelijke bepaling ten aanzien van deze problematiek niet voor ten aanzien van de overeenkomst van maatschap. In het NBW bepaalt art. 7:13.1.13 dat de vennootschap voor onbepaalde tijd wordt verlengd wanneer de vennoten haar stilzwijgend voortzetten nadat de tijd, waarvoor zij is aangegaan, is verstreken. De Toel. motiveert op blz. 1102 deze bepaling met de stelling dat zij het meest met de behoefte van de praktijk lijkt overeen te stemmen.

Zoals hierboven al beschreven dient het begrip 'bepaalde tijd' in de onderhavige regeling te worden verstaan als 'bepaald aan de hand van de officiële tijdschaal'. Geldt deze beperking ook voor de hier besproken voortzettingsbepaling? De Toel. zwijgt hieromtrent. Verwezen wordt naar Asser-Kamphuisen (blz. 525) alwaar alleen gesproken wordt over voortzetting na 'de einddatum'. Het lijkt mij echter niet erg aannemelijk dat de ontwerper voor de gevallen van voortzetting waarin de bepaling van de afgesproken tijdsduur bijvoorbeeld afhangt van de voltooiing van een bepaald werk, een van art. 7:13.1.13 afwijkende regel voor ogen heeft gestaan, want dan zou die ongetwijfeld in de onderhavige regeling zijn opgenomen.

Collectieve arbeidsovereenkomst

De voortzetting van een voor bepaalde tijd aangegane cao wordt geregeld door het bepaalde in art. 19 Wet CAO; wanneer niet bij de overeenkomst anders is bepaald wordt zij geacht telkens voor gelijke tijd, doch ten hoogste voor een jaar, te zijn verlengd behoudens opzegging. In feite komt dit neer op een overeenkomst voor onbepaalde tijd, die slechts tegen bepaalde, periodiek terugkerende tijdstippen kan worden opgezegd, tenzij partijen anders overeenkomen. Van een 'normale' stilzwijgende voortzetting is dus geen sprake, eerder van een verlenging van rechtswege. Het belang van deze regeling is gelegen in zowel het feit dat het

bijdraagt tot stabilisering van de arbeidsverhoudingen alsook - en vooral - tot het bevorderen van de duidelijkheid, aangezien de facto van een stilzwijgende voortzetting moeilijk kan worden gesproken als beide partijen niet noodzakelijkerwijs uitvoeringshandelingen dienen te verrichten.

De regelingen betreffende de voortzetting van overeenkomsten, na het moment waarop hun einde oorspronkelijk was voorzien, beperken de bevoegdheid tot opzeggen gedurende een bepaalde tijd, indien partijen niets anders hebben afgesproken. De reden hiervoor is onduidelijk en berust grotendeels op het misverstand dat er bij stilzwijgende voortzetting een leemte moet worden opgevuld. De opzeggbeperking voor wat betreft de huurovereenkomst zal in het NBW verdwijnen.

Het is de vraag of een wettelijke regeling op dit stuk wel nodig is. Het lijkt mij immers voor de hand te liggen dat partijen, door een overeenkomst (relatie) na het moment van het voorziene einde feitelijk en stilzwijgend voort te zetten, die overeenkomst wensen voort te zetten, hetgeen zij daarmee aan elkaar kenbaar maken, terwijl zij de bepaalbaarheid van de omvang en/of de omvang van de uit die voortzetting voortvloeiende verbintenissen, doen afhangen van de tijdsduur. In het algemeen zullen partijen met betrekking tot die tijdsduur geen beperkingen ten aanzien van de beëindiging hebben bedoelen te stellen. Onder (bijzondere) omstandigheden kan dit anders zijn; partijen kunnen bij de voortzetting stilzwijgend anders bepalen. Hiervoor moeten dan wel sterke aanwijzingen zijn. Ik denk daarom dat - zeker indien het door mij in nr. 2.5 voorgestelde art. 6.5.2.10a zou worden overgenomen - de regelingen betreffende de voortzetting kunnen verdwijnen, hetgeen die regelingen over het geheel zal vereenvoudigen.

Dit is anders voor wat betreft art. 1639f lid 3 BW dat ook betrekking heeft op gevallen waarin niet stilzwijgend is voortgezet. Gezien de bescherming die de wet tegen een opzegging (met name aan de arbeider) verleent, is het belang van genoemd lid 3 ook gelegen in de bescherming van de arbeider tegen het lichtzinnig afstand doen van zijn recht op die bescherming door bijvoorbeeld een beëindigingsovereenkomst aan te gaan met een bepaalde looptijd (zowel als minimum- als ook als maximumduur bedoeld) die de lengte van de opzegtermijn (aanzienlijk) overschrijdt.

4.6 CONCLUSIE

Over de vraag wanneer (en zo ja waarom) een bevoegdheid tot opzeggen van een bepaalde overeenkomst bestaat, blijkt verschillend te worden gedacht. Opvallend is met name het verschil in opvatting tussen de Hoge Raad en de lagere jurisprudentie. Terwijl laatstgenoemde in het algemeen aanvaardt dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd op grond daarvan een bevoegdheid tot opzeggen kennen, speelt dit gegeven bij de beslissing van de Hoge Raad slechts een ondergeschikte rol. In de praktijk zal dit verschil vooral tot uiting komen in een strengere toetsing van de opzegging door de Hoge Raad ingeval een overeenkomst voor onbepaalde tijd geen expliciete (door de wet of overeenkomst toegekende) opzegbevoegdheid bevat.

Het feit dat de Hoge Raad ook bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd de bestaanbaarheid van een opzegbevoegdheid rechtstreeks via de band

Bestaan van een opzeggingsbevoegdheid

van de goede trouw speelt, gaat onnodig ten koste van de rechtszekerheid, te meer nu er in het geschreven recht weinig of geen aanknopingspunten te vinden zijn om het ongeschreven recht in dit opzicht te verduidelijken. Dit laatste is gedeeltelijk te verklaren uit het feit dat een aantal van de betrokken wettelijke bepalingen, hoewel behorende tot het civiele recht, in meer of mindere mate door (in beginsel publiekrechtelijk gekleurde) beleidsoverwegingen zijn beïnvloed. Bovendien is de betrokken wetgeving op zichzelf in een aantal gevallen onnodig gecompliceerd.

Uitoefening van een opzeggingsbevoegdheid

5.1 INLEIDING

Degene die een overeenkomst wenst op te zeggen of die met een opzegging(-smededeling) van zijn wederpartij wordt geconfronteerd, zal in eerste instantie moeten beoordelen of er ten principale een opzeggingsbevoegdheid bestaat. Hierover handelde het vorige hoofdstuk. Wanneer die vraag bevestigend is beantwoord, rijst vervolgens de vraag op welke wijze van die bevoegdheid gebruik dient te worden gemaakt. Er kunnen dan regels bestaan die het gedrag van de opzeggende partij normeren of - in andere woorden - die voorschrijven op welke wijze de opzegging dient te geschieden. Deze voorschriften kunnen voortkomen uit de aard van de rechtshandeling zelf alsook uit de rechtsplicht van de opzeggende partij zich de belangen van zijn wederpartij tot op zekere hoogte aan te trekken. Over de omvang van deze plicht is in nr. 1.4 reeds gesproken. Deze plicht kan in de overeenkomst of in de wet concreet omschreven zijn of rechtstreeks voortvloeien uit de goede trouw.

In het geval dat er inderdaad aangenomen moet worden dat er gedragsvoorschriften voor de opzeggende partij bestaan, rijst de vraag wat het rechtsgevolg is van een eventuele overtreding van een dergelijk voorschrift: moet dan aangenomen worden dat de opzegging niet het beoogde effect heeft of treedt het einde van de overeenkomst wél in, zij het met verplichting voor de opzeggende partij de schade te vergoeden in de vorm van een betaling in geld? Het antwoord op deze vraag is van groot belang voor de rechtszekerheid, welke weer bestaansvoorwaarde is voor een bevredigend functioneren van de opzeggingsbevoegdheid in ons rechtsbestel. Zie hiervoor hetgeen in nr. 1.2 is opgemerkt. Doch ook buiten deze specifieke functie is duidelijkheid voor alle betrokkenen van groot belang voor een goede rechtsbedeling.

In dit hoofdstuk zal eerst het meest voorkomende gedragsvoorschrift aan de orde komen: het opschorten van de beëindiging (dag waartegen, opzegtermijn). Ook hier zal - net als in het vorige hoofdstuk - worden bezien of de wetgeving aanknopingspunten biedt welke als richtsnoer kunnen dienen voor de opzegging van niet in de wet geregelde gevallen.

Vervolgens zullen de (gedrags)voorschriften worden behandeld die betrekking hebben op de vorm waarin de opzegging plaats dient te vinden. Het gaat dan zowel om de bewoording van de mededeling als om de techniek waarmee de mededeling wordt kenbaar gemaakt (bijvoorbeeld: geschrift). Voor beide soorten voorschriften wordt een paragraaf aan het rechtsgevolg van overtreding daarvan gewijd.

5.2 OPSCHORTING VAN DE BEEINDIGING

Algemeen

In nr. 4.2 is reeds aangestipt dat de opzegging, evenals in beginsel elke rechtshandeling, onder tijdsbepaling kan worden verricht. Deze tijdsbepaling kan met name betrekking hebben op het effect van de opzegging: in dat geval wordt het beoogde effect - het eindigen van de overeenkomst - opgeschort tot een later tijdstip. Dat tijdstip kan worden bepaald aan de hand van een moment op de officiële tijdschaal (kalender) of aan de hand van tijdseenheden als uren, weken, maanden, etc. Ook een andere bepalingwijze is in beginsel mogelijk, zoals bijvoorbeeld: het moment waarop de rechtbank uitspraak doet. Wanneer echter onzeker is of het bedoelde moment inderdaad zal intreden, is er sprake van een voorwaardelijke opzegging, welke zonder toestemming van de wederpartij niet toelaatbaar is. (zie nr. 4.2). Doch ook in het geval het intreden wel zeker is kunnen er bezwaren rijzen tegen een dergelijke manier van opschorting. Ik kom hieronder op deze kwestie nog terug.

Wanneer bij de opschorting het moment zelf wordt bepaald waarop de beëindiging zal intreden, dan spreekt men van 'tijdstip of moment waartegen'. Het meest gebruikelijk is het bepalen van een dag waartegen. Wanneer het beëindigingstijdstip wordt aangegeven door de bepaling van een tijdsduur die vanaf de opzegging tot de beëindiging zal verlopen, dan pleegt men die tijdsduur aan te duiden met 'opzegtermijn' ('opzeggings-termijn').

'Dag waartegen'

Voorschriften met betrekking tot de 'dag waartegen' komen in de wet niet veel voor. De meest uitgesproken bepaling in dit opzicht bevat de regeling van de agentuurovereenkomst (art. 74j lid 3 K) en die van de handelsreizigersovereenkomst (art. 75b lid 2 K), te weten dat deze overeenkomsten slechts mogen worden opgezegd tegen 'het einde' respectievelijk 'de laatste dag' van de kalendermaand. Voor wat betreft de arbeidsovereenkomst verwijst art. 1639h lid 1 BW naar het gebruik, hetgeen merkwaardig[1] genoemd moet worden omdat de regering juist discussie over dergelijke vage normen wilde voorkomen. Zie hierover aanstonds bij de opzegtermijn nader. Het gebruik speelt overigens pas een rol wanneer noch de overeenkomst en noch het reglement (en dus ook de cao niet) een dag waartegen bepalen.

De huur van woonruimte kan alleen worden opgezegd tegen een voor de betaling van de huurprijs geldende dag (art. 1623b leden 1 en 2 BW). Een motivering hiervoor ontbreekt in de MvT en evenmin wordt beargumenteerd waarom in art. 7.4.4.3 lid 2 NBW onder meer wordt bepaald dat een opzegging van de huur van een onroerende zaak slechts kan geschieden tegen een voor huurbetaling overeengekomen dag (behalve wanneer een opzegtermijn van ten minste drie maanden in acht genomen wordt). Asser-Abas-Van Andel[2] merkt op dat het feit dat men met een week-, maand- of jaarhuur te maken heeft, een (lichte) aanwijzing kan vormen voor de opzeggingstermijn en de dag waartegen.

Wanneer de wet voor een overeenkomst (pacht, huur en verhuur van bedrijfsruimte) een vaste termijn voorschrijft gedurende welke niet kan

worden opgezegd en vervolgens een verlenging voorschrijft als niet is opgezegd of wanneer deze opzegging door de rechter is 'overruled', dan volgt hieruit al dat slechts tegen het einde van die vaste termijn kan worden opgezegd. Voor de pacht heeft dat tot gevolg dat pas kan worden opgezegd tegen een tijdstip dat in beginsel ligt 'na de oogst'. Na de goedkeuring gaat de duur van de overeenkomst pas in als het pachtjaar aanvangt. Onder pachtjaar (oogstjaar) wordt verstaan de periode waarin de pachter het volle genot van het gepachte heeft[3].

De ratio van het voorschrijven van een bepaalde dag waartegen dient te worden opgezegd is gelegen in het voordeel voor de wederpartij dat het juist op dat moment intreden van het einde van de overeenkomst heeft. Dit voordeel kan bestaan uit het samenvallen met activiteiten die toch al voor die bepaalde dag op het programma staan of plegen te staan (bijv. betalingen, berekeningen, afleveringen, thuisreis), of het intact laten van bepaalde prestatie- of organisatie-eenheden[4]. Het is dan ook niet geheel onlogisch om als dag waartegen de betaaldag voor te schrijven. Ook zal het feit dat men elkaar met de betaling placht te ontmoeten, wel niet vreemd geweest zijn aan een zeker gebruik dat men elkaar bij de betaling tegen de volgende betaaldag doorgaans de dienst opzegde. Frenkel[5] meent dat werknemers nog slechts per einde week of per einde maand kunnen worden ontslagen. Bakels[6] verdedigt dat weekloners tegen de maandag van de volgende week plegen te worden opgezegd en dat het gebruikelijk is maandloners tegen de eerste dag van de nieuwe kalendermaand op te zeggen. Van der Grinten[7] is veeleer van oordeel dat als regel tegen het einde van de week wordt opgezegd en dat opzegging per einde maand hooguit gebruikelijk is voor 'traditionele' maandloners. Of er van een gebruik in de zin der wet sprake is waag ik te betwijfelen. De geavanceerde technieken, die ons vandaag de dag ter beschikking staan om berekeningen uit te laten voeren, wijzen in de richting van minder bezwaar tegen een opzegging tegen een willekeurige dag.

Een tweede voordeel kan gelegen zijn in het feit dat het de wederpartij mogelijk maakt direct aansluiting te krijgen bij een alternatief. Een fraai voorbeeld is door Meijers gegeven in zijn noot bij het in nr. 4.5.2 besproken arrest: in bepaalde delen van Frankrijk konden de huren van woonhuizen slechts tegen één dag van het jaar worden opgezegd. De kans buiten die dag (dus tussentijds) een ander huis of een andere huurder te vinden is dan klein.

Gezien deze bedoeling van het voorschrijven van de dag waartegen is het niet erg zinvol lang stil te staan bij de discussie over de vraag wat met de 'dag waartegen' precies wordt bedoeld: de laatste dag waarop de overeenkomst nog bestaat of de eerste dag waarop deze niet meer bestaat[8]. Gelet op de ratio zal het voorschrift duidelijk zijn. Het spraakgebruik is - niet onbegrijpelijk - tweeslachtig. Problemen kunnen hooguit ontstaan bij een in een concreet geval gedane opzegging, wanneer uit de relatie zelf of uit de omstandigheden geen enkel aanknopingspunt is te verkrijgen (bijvoorbeeld: einde week, betaaldag, feestdag, bedrijfsvacantie, opleveringsdag). Het lijkt mij dat op taalkundige overwegingen zou moeten worden aangenomen dat in een dergelijk geval aan de uitleg, die als de 'dag waartegen' de dag beschouwt waarop de overeenkomst niet meer bestaat, de voorkeur moet worden gegeven.

Ik acht het niet uitgesloten dat er wellicht in bepaalde beroepskringen

een vast gebruik voor de dag waartegen opgezegd kan worden, bestaat. Daarbuiten echter lijkt mij een voorschrift ten aanzien van de 'dag waartegen' zo weinig gemeen goed dat op basis van het ongeschreven recht geen regel voor de in acht te nemen 'dag waartegen' kan worden aangenomen.

Opzegtermijn

Gedurende de opzegtermijn heeft de wederpartij de gelegenheid om te proberen zich in te stellen op de nieuwe situatie: het afbouwen van de lopende relatie en de daarmee samenhangende activiteiten, het vinden van alternatieven, het instrueren van personeel en relaties, het verkopen van overtollig materiaal, etc. Zie verder in het algemeen de nrs. 1.2 en 1.4. Het aantrekkelijke van de opzegtermijn is dat in beginsel de relatie blijft doorlopen met alle daaraan voor partijen verbonden voordelen van dien. (In bijzondere gevallen kan dit anders zijn). Daarom is het inachtnemen hiervan het middel bij uitstek om de aanpassings- en afwikkelingsschade voor de wederpartij te beperken. Het doet in beginsel recht aan de gedachte dat het voldoen aan de zorgverplichting ten opzichte van de wederpartij, net als elke rechtsregel, langs de voor de betrokkene minst ingrijpende weg dient te worden gerealiseerd. Dit betekent ook dat van de opzeggende partij in het algemeen mag worden verwacht dat hij bij de opzegging een passende opzegtermijn in acht neemt. Het is ook niet toevallig dat de opzegtermijn het meest bekende gedragsvoorschrift met betrekking tot de opzegging vormt.

De vraag rijst vanzelfsprekend wat onder 'passend' valt te verstaan. Hierbij geldt dat - er van uitgaande dat geen andere voorzieningen voor de wederpartij worden getroffen zoals het aanbieden van een beëindigingsvergoeding - met de term 'passend' de open norm van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) wordt vertaald in de lengte van de opzegtermijn. Het vaststellen van deze passende lengte houdt derhalve een oordeel in over de omvang van de aanpassingsschade (zoals die in het algemeen te verwachten is) en de mate waarin die voor de opzeggende partij dient te komen. Dit oordeel hangt af van alle omstandigheden van het (geobjectiveerde) geval waaronder het gedrag van de wederpartij zelf. Een groot aantal van de in beginsel relevante factoren heb ik in nr. 1.4 vermeld. Een en ander betekent dat het vastleggen van een termijn die bij de opzegging in acht dient te worden genomen noodzakelijkerwijs een versimpeling van de problematiek inhoudt. Maar erg bezwaarlijk is die versimpeling in het algemeen niet, er van uitgaande dat de tijdelijke voortzetting van de relatie voor beide partijen normaliter de voordelen blijft opleveren die zij tot dan toe van de overeenkomst hebben gehad. Wordt aan deze veronderstelling niet meer voldaan, dan kan de vaststelling van een bepaalde termijn tot onrecht leiden. Dit klemmt eens te meer aangezien de door de wet bepaalde termijn het vermoeden schept billijk te zijn, zodat de opzeggende partij en zijn wederpartij de neiging zullen hebben zich bij deze termijn neer te leggen.

Hoe heeft de wetgever deze problematiek opgelost? In een groot aantal gevallen heeft de wetgever of de ontwerper van het Boek 7 NBW niet meer gedaan dan verwezen naar de goede trouw/redelijkheid en billijkheid, of naar het gebruik[9]. Slechts in weinig gevallen geeft de wet een nauwkeuriger bepaling van de termijn. Voor de agentuurovereenkomst

Uitoefening van een opzeggingsbevoegdheid

geldt een termijn van vier maanden; partijen mogen hiervan afwijken met dien verstande dat de termijn niet korter mag worden gesteld dan op een maand[10]. Voor wat betreft de arbeidsovereenkomst wordt de opzegtermijn gekoppeld aan de betalingstermijn en geldt dat die termijn op die grond (te weten de koppeling aan de betalingstermijn) niet langer zal zijn dan zes weken[11]. Partijen kunnen van deze regel schriftelijk afwijken mits de termijn niet langer wordt gesteld dan zes maanden en voor de werkgever niet korter dan voor de arbeider (art. 1639i BW). Voor de handelsreizigersovereenkomst geldt een afwijkende regeling. Aanvullendrechtelijk stelt art. 75b K een termijn vast van zes weken. Partijen mogen hiervan schriftelijk afwijken, met dien verstande dat een minimum geldt van een maand en een maximum van zes maanden. Bij de 'gewone' arbeidsovereenkomst geldt geen minimumtermijn. Het zou echter niet aanvaardbaar zijn indien geen enkele termijn zou gelden[12].

De aan de betalingstermijn gekoppelde termijn bij de huur van woonruimte geldt alleen voor de huurder (art. 1623b BW), terwijl die termijn op grond van die koppeling niet korter kan worden dan een maand en niet langer dan drie maanden.

Voor de verhuurder geldt een 'opzegtermijn' van ten minste drie maanden. (art. 1623b lid 7 BW). In het NBW heeft de ontwerper bewust afgezien van een vaste termijn voor de opzegging van een huurovereenkomst in het algemeen, omdat deze voor roerende zaken te verscheiden is[13]. Voor de huur van onroerende goederen vindt in art. 7.4.4.3 echter koppeling plaats aan de betalingstermijn met een minimum van veertien dagen.

Voor verbruikleen bepaalt art. 7.2.1.3 dat de lener verplicht is de hoofdsom terug te geven binnen zes weken nadat de uitlener teruggave heeft gevraagd.

Het gaat hier om de normale gevallen, die zich alleen van elkaar onderscheiden door de aard van de overeenkomst en de daarbij veronderstelde positie van partijen. Voor bijzondere omstandigheden kunnen afwijkingen ten gunste van een van de partijen voorkomen. Dit om het nadeel van de versimpeling te verzachten. Een unieke verbijzondering is de bepaling dat de minimumtermijn voor de opzegging van een arbeider van 50 jaren en ouder, die tenminste een jaar bij de betrokken werkgever in dienst is geweest, drie weken bedraagt (art. 1639j lid 3 BW).

Een tweede verbijzondering is de duur van de overeenkomst tot op het moment van opzeggen. Voor de agentuurovereenkomst (art. 74j K) geldt - aanvullendrechtelijk - dat de opzegtermijn verlengd wordt voor elke periode van drie jaren dat de overeenkomst heeft geduurd, met een maximumverlenging van twee maanden. Ten aanzien van de arbeidsovereenkomst is de verlenging geregeld in art. 1639j leden 1 en 2 BW. De opzegtermijn moet minimaal zoveel weken bedragen als de dienstbetrekking gehele jaren (voor de werkgever) of periode van twee jaren (voor de arbeider) na de meerderjarigheid van de arbeider heeft geduurd. Het maximum uit dezen hoofde bedraagt 13 weken respectievelijk zes weken. Deze termijn wordt voor de werkgever bovendien verlengd met een week voor elk vol jaar dat de arbeider na zijn 45e verjaardag bij hem in dienst is geweest, zij het dat de verlenging uit dezen hoofde (eveneens) ten hoogste 13 weken kan bedragen. Hoewel de wettekst anders zou doen vermoeden wordt aangenomen dat de termijn van art. 1639i door die van 1639j wordt geabsorbeerd[14]. Bij de huur van woonruimte wordt de termijn voor de verhuurder verlengd met een

maand voor elk jaar dat de huurder in het genot is geweest (krachtens de overeenkomst) van de woning zij het dat de termijn aldus tot ten hoogste zes maanden kan worden verlengd (art. 1623b lid 7 BW). Deze verlenging is gemotiveerd met de stelling dat de huurder na langere tijd meer gehecht zal zijn aan de buurt en daarom zal willen uitzien naar een vergelijkbare woning in dezelfde buurt, waarvoor hij meer tijd nodig heeft[15].

Een volgende verbijzondering is het geval dat de opzeggende partij een dringende reden of een gegronde reden heeft. Dit geldt voor een beperkt aantal overeenkomsten, waarbij de opzegtermijn tot praktisch nihil is teruggebracht. Te denken is hier aan de arbeidsovereenkomst (art. 1639o BW), de agentuurovereenkomst (art. 741 K) en lastgeving (art. 1854 lid 2 BW). Zie verder in het NBW art. 7.6.6 voor de uitlener, die merkt dat de bruiklener is overleden, treuzelt met het gebruik of de zaak verkeerd gebruikt, en art. 7.2.1.4 voor de verbruik-uitlener die met wanprestatie van de lener wordt geconfronteerd. Ook in geval van faillissement of surséance van betaling worden de termijnen bekort (artt. 39 en 40 respectievelijk 238 en 239 F).

Daarnaast zijn nog een aantal zeer specifieke gevallen aan te voeren, zoals opzegging tijdens de proeftijd (art. 1639n BW) waarbij - merkwaardigwijs - het minimum tevens tot maximum is gebombardeerd door de jurisprudentie[16]; art. 1639v BW (opzeggingsbevoegdheid voor arbeider na vijf jaren, termijn zes maanden); art. 1632 BW (na dood huurder bedrijfsruimte kunnen erfgenamen opzeggen met zes maanden als zij het gehuurde niet aan een ander in gebruik mogen geven); art. 1623i (opzegging door medehuurder na overlijden huurder), etc.

Bij pacht en huur van bedrijfsruimte gelden opzegtermijnen van één jaar (art. 36 Pachtwet respectievelijk art. 1627 en art. 1631 BW). De reden hiervoor is dat vermeden dient te worden dat de zaak (verzoek tot verlenging door de pachter of tot beëindiging door de verhuurder) nog onder de rechter is als de overeenkomst afloopt[17]. Voor de huur van bedrijfsruimte heeft dit argument zijn overtuigingskracht grotendeels verloren na de wijziging van die regeling op 4 juni 1981 (Stb. 331). Art. 36 Pachtwet voorziet in een verminderingsmogelijkheid tot zes maanden voor onbillijke gevallen. Voor wat betreft de huur van bedrijfsruimte is bij aperte onbillijkheid de beperkende werking van de goede trouw aanvaard in HR 29 april 1983, NJ 1983, 627.

Welke termijn bij een niet in de wet geregelde overeenkomst?

Zijn er uit de wetgeving bepaalde aanknopingspunten af te leiden voor de 'standaard' lengte van de opzegtermijn die men bij niet in de wet geregelde overeenkomsten moet aannemen? Mijns inziens biedt de wet die aanknopingspunten nagenoeg niet, behalve wellicht in die gevallen dat er een uitgesproken analogie met een bepaald geregeld contract bestaat. Met grote voorzichtigheid zou men kunnen zeggen dat de opzegtermijn bij contracten, die voor de wederpartij van groot belang zijn, in de orde van zes weken tot drie maanden[18] dient te bedragen, en dat in het algemeen een termijn van zes maanden in ieder geval voldoende is[19]. Hierbij geldt dan dat er geen grote investeringen in de uitvoering van het contract door de wederpartij zijn gedaan (en zeker niet op verlangen van de opzeggende partij)[20]. Ik herhaal dat grote voorzichtigheid geboden is, met name ook omdat de meeste regelingen vrij uitgebreid

zijn en bijzondere voorzieningen bevatten voor het geval dat de 'normale' opzegtermijn onvoldoende is[21] of te veel van het goede moet worden geacht[22]. Het sterkst geldt dit voor de regeling van de arbeidsovereenkomst, die weliswaar geen minimumtermijn in het algemeen kent maar wel de mogelijkheid tot het vragen van een toekenning door de rechter van een schadevergoeding naar billijkheid in geval van kennelijk onredelijk ontslag (art. 1639s BW).

Biedt de koppeling aan de periode waarover de contra-prestatie wordt berekend of opeisbaar wordt of pleegt te worden betaald, in voorkomende gevallen een goed aanknopingspunt? Opzichzelf gezien hebben betalings-termijnen en opzegtermijnen niets met elkaar uit te staan. Welke redenering ligt dan aan de bestaande koppeling door de wet ten grondslag? De koppeling is in de wet geïntroduceerd bij de wet op de arbeidsovereenkomst in 1907. Tijdens de parlementaire behandeling speelde de gedachte aan de werkstaking, die toch op de een of andere manier mogelijk zou moeten zijn, een rol. De regering had voorgesteld de opzegtermijn te verlengen met veertien dagen voor elk vol jaar dat de dienstbetrekking had geduurd. Dit omdat zij het wenselijk achtte opzegtermijnen in de wet vast te leggen omdat zulks, naast het praktisch belang voor partijen dat zij enige tijd van te voren weten wanneer de dienstbetrekking zal eindigen, de band tussen partijen zou versterken en het besef zou verlevendigen dat er tussen hen een geordende rechtsverhouding bestaat. Als minimum termijn werd voorgesteld een termijn van zes weken voor de inwonende arbeider en van een week voor de overigen[23]. Hiertegen werden bezwaren aangevoerd: enerzijds vond men de vaste minimumtermijn te kort en anderzijds zou de verlenging op grond van het aantal dienstjaren resulteren in verschillende termijnen voor de diverse arbeiders, zodat een werkstaking met inachtneming van de opzegtermijn vrijwel onmogelijk zou worden. Men wenste een verwijzing naar het gebruik[22]. De minister antwoordde met de opmerking dat de opzegging van de dienst slechts zelden in volkomen harmonie geschiedt en waar dus enige wrijving tussen partijen bestaat de wet een vast richtsnoer voor haar optreden behoort te bieden, wil zij niet de oorzaak zijn van twisten en processen. Hij kwam toen met de formule, zoals die tegenwoordig nog in art. 1639i staat, met een tweeledige argumentatie. In de eerste plaats was het gebruik om bij betaling of ontvangst van het loon elkander de dienst op te zeggen en in de tweede plaats zou het een aansporing betekenen om geen al te lange loonbetalingstermijnen af te spreken[25].

In het Nederlands Juristenblad van 1941 (blz. 780) signaleert C.A. Rutgers dat er bepaalde gebruiken ten aanzien van de opzegging van de huur van woningen in rechte worden aangenomen terwijl de bevolking de mening is toegedaan - waarschijnlijk in verwarring met arbeidsovereenkomst - dat men huur kan opzeggen met een termijn gelijk aan de betalingstermijn. Wellicht heeft dit een rol gespeeld toen tegen het eind van de zestiger jaren zowel in titel 4 van het voorontwerp van Boek 7 NBW als in het ontwerp van wet betreffende de regelen voor de huur en de verhuur van woonruimte de koppeling aan de betalingstermijn werd opgenomen. Zie art. 7.4.4.3 respectievelijk (in dit opzicht ongewijzigd wet geworden) art. 1623b BW. Een motivering hiervoor is in de Toelichting of in de parlementaire stukken niet te vinden. Het lijkt me echter niet al te gewaagd te veronderstellen dat deze bepalingen - al of niet

middels een ontstaan gebruik - uiteindelijk geïnspireerd zijn door de regeling ten aanzien van de opzegtermijn bij de arbeidsovereenkomst.

Voor zover relevant is de redenering kennelijk dat men elkaar pleegt op te zeggen bij de betaling. Zo dit niet al op praktische gronden waarschijnlijk moet worden geacht, dan zal dit zeker op psychologische overwegingen voor waar moeten worden gehouden. Het zegt echter niets over de termijn die men bij die gelegenheid placht te bepalen. Voor de 'dag waartegen' is er nog enige logica te ontdekken, maar voor de termijn ontgaat mij het verband of het zou de zuivere toevalligheid van het samenvallen met de 'dag waartegen' moeten zijn. Zeker voor de huidige tijd lijkt mij de betalingstermijn geen relevant aanknopingspunt voor de bepaling van de opzegtermijn. Het verdient aanbeveling die koppeling uit de wetgeving te schrappen, zodat eventuele ontwikkeling van gebruiken in die richting niet verder wordt aangemoedigd en discussie over de vraag of de overeengekomen betalingstermijn of de feitelijke betalingsstermijn of de feitelijke of overeengekomen periode waarover de tegenprestatie wordt berekend[26], wordt vermeden.

Het inacht nemen van een opzegtermijn zal nauwelijks aan zijn doel kunnen beantwoorden als de omvang van die termijn niet overzienbaar is. Daarom zal bepaling van die termijn anders dan in tijdseenheden in het algemeen niet aanvaardbaar moeten worden geacht.

Alleen bij de pachtovereenkomst is een beperking aan de inachtnaam van een opzegtermijn voorgeschreven die voorkomt dat de opzegtermijn te lang uitvalt. De opzegging mag niet vroeger dan drie jaar voor het beoogde einde van de overeenkomst worden gedaan. De ratio van deze bepaling is dat de rechter in staat moet worden gesteld de door partijen aangevoerde argumenten zo goed mogelijk te beoordelen aan de hand van de toestand zoals deze bij het einde van de pachtovereenkomst zal bestaan[27].

5.3 DE VORM VAN DE OPZEGGINGSMEDEDELING

De 'bewoording' waarin de mededeling wordt gedaan

Voor het bestaan van een opzegging is vereist dat de op het rechtsgevolg (het intreden van het einde van de overeenkomst) gerichte wil door een verklaring wordt geopenbaard. Vergelijk art. 3.2.2 NBW. Deze verklaring moet gericht zijn aan de wederpartij. De verklaring kan stilzwijgend geschieden (vgl. art. 3.2.4 lid 1 NBW), bijvoorbeeld door het iemand niet meer toelaten tot het werk, het weigeren van het doen van verdere leveranties[28]. Doorslaggevend is of de wederpartij onder de gegeven omstandigheden kan of moet begrijpen dat de opzeggende partij de overeenkomst niet verder wenst voort te zetten. Het spreekt vanzelf dat de verklaring duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn, omdat anders de opzegging niet als zodanig kenbaar behoeft te zijn. Een ontruimingsbevel met als motivering dat geen geldige pachtovereenkomst bestaat, voldoet niet aan deze eis[29]. Ook van het alleen maar verstek laten gaan, het niet meer verschijnen op het werk, het zich niets meer aantrekken van een vennootschap[30], kan niet zonder meer gezegd worden dat dit een (stilzwijgende) opzegging inhoudt. Het benoemen van een nieuwe lasthebber is evenmin een opzegging[31]. Bovendien is het van belang dat

er tevens duidelijkheid bestaat over het tijdstip waarop de opzegger de beëindiging wil doen intreden.

De opzegging is op zichzelf vormvrij en behoeft niet in bepaalde be-
woordingen te geschieden, ook al zou de wet in een enkel geval anders
doen vermoeden[32]. Voorgesteld is[33] in het NBW een afdeling 6.5.2A
betreffende Algemene Voorwaarden op te nemen. Uit een oogpunt
van consumentenbescherming behelst die afdeling een bepaling met be-
dingen die jegens de consument zonder meer als 'onredelijk bezwarend'
worden beschouwd ('zwarte lijst' van artikel 3) en een bepaling met be-
dingen die jegens een consument vermoed worden onredelijk bezwarend
te zijn ('grijze lijst' van artikel 4)[34]. Ten aanzien van de mededeling
van onder meer een opzegging zelf wordt de gerede mogelijkheid tot
misbruik gezien doordat de gebruiker (fabrikant, winkelier) een beding
opneemt in zijn algemene voorwaarden dat met betrekking tot die mede-
deling een bepaalde vorm (bijvoorbeeld een door hem aan de consument
verstrekt formulier)[35] voorschrijft, waarna die gebruiker in staat is een
daarmee strijdige mededeling, die wel aan de algemene eisen van art.
3.2.4 NBW voldoet, naast zich neer te leggen. Omdat wordt erkend dat
een bepaalde vorm soms redelijk en zelfs noodzakelijk kan zijn (bijvoor-
beeld bij een massaal cliëntenbestand) wordt het beding dat voor de gel-
digheid van onder meer de opzegging door de consument een strengere
eis stelt dan die van onderhandse akte (een door de consument onder-
tekend geschrift), niet zonder meer doch alleen in beginsel onredelijk
bezwarend geacht (art. 6.5.2A.4 onder p).

Motivering van de opzegging

Een verplichting om de opzegging te motiveren kan logischerwijs slechts
bestaan voor zover de grond waarop wordt opgezegd, relevant is. Hier
doet zich de prealabele vraag voor of voor het doen van een opzegging
in het algemeen een toereikende reden vereist is. In de visie van de Hoge
Raad is dit, althans voor de opzegging van overeenkomsten bij welke
voortzetting de wederpartij een wezenlijk belang heeft, inderdaad het
geval wanneer partijen of de wet niet in een opzegbevoegdheid hebben
voorzien. Ongeacht of de overeenkomst voor bepaalde of onbepaalde
tijd is gesloten, kan deze worden opgezegd in geval van niet in de over-
eenkomst verdisconteerde omstandigheden van zo ernstige aard dat de
wederpartij niet te goeder trouw onbeperkte instandhouding van de over-
eenkomst mag verwachten. Zie nr. 4.3 alwaar het arrest HR 16 december
1977. NJ 1978, 156 m.n. A.R.B. (Algemeen Ziekenfonds D.P.Z.) is be-
sproken. In voorkomend geval zal de opzeggende partij de omstandighe-
den van naar haar inzicht ernstige aard moeten stellen en aannemelijk
maken; de wederpartij heeft er recht op te vernemen welke die redenen
zijn om haar positie hieromtrent te kunnen bepalen.

Wanneer men aanneemt dat duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd
naar hun aard opzegbaar zijn, dan ligt in die gevallen het vereiste van
een toereikende opzeggingsgrond hetzelfde als in de gevallen waarin
partijen expliciet een opzeggingsbevoegdheid zijn overeengekomen: de
betrokken partij is in beginsel vrij in het nemen van haar beslissing om
van die bevoegdheid gebruik te maken, voor zover die vrijheid niet door
partijen zelf is beperkt. Voor deze gevallen zou men kunnen aannemen
dat onder omstandigheden de goede trouw kan meebrengen dat er geen

onbehoorlijke reden mag bestaan. Aldus Scholten in zijn noot onder HR 13 juni 1969, NJ 1969, 384. Een voorbeeld van een onbehoorlijke reden is neergelegd in artikel 1687 BW voor wat betreft de opzegging van een maatschap (opzeggende partij mag niet opzeggen met het oogmerk om zich alleen een voordeel toe te eigenen dat volgens het contract aan alle maten gemeenschappelijk toekomt). In het NBW is deze bepaling wegens zijn overbodigheid niet opgenomen om onduidelijkheid te voorkomen[36]. De formule van Scholten roept de vraag op of er omstandigheden kunnen voorkomen waaronder wel een onbehoorlijke reden voor de opzegging aanwezig mag zijn. Het lijkt mij toe dat dit nooit het geval kan zijn. Desalniettemin is het voordeel van Scholtens formule dat deze doet uitkomen dat de vraag naar de behoorlijkheid van de opzeggingsgrond[37] slechts bij wijze van uitzondering gesteld wordt. Die uitzonderingssituatie zal bestaan wanneer er een duidelijke aanwijzing bestaat dat er inderdaad een onbehoorlijke reden aan het gedrag van de opzeggende partij ten grondslag heeft gelegen.

Maeijer[38] gaat verder dan Scholten en stelt dat de goede trouw onder omstandigheden kan vereisen dat er een (behoorlijke) reden voor de opzegging bestaat. Wat is het verschil? Bij een onbehoorlijke opzeggingsgrond gaat het om een bepaalde reden welke onder de omstandigheden van het geval als onrechtmatig moet worden beschouwd[39]. Bij het vereiste van een behoorlijke reden gaat het om de regel dat de opzegging jegens de wederpartij moet kunnen worden gerechtvaardigd. In de wetgeving ten aanzien van de benoemde contracten komt die regel, naast die welke in het zojuist genoemde artikel 1687 BW is opgenomen, niet in rechtstreekse vorm voor, althans niet met betrekking tot de gewone (de niet-buitengewone) opzegging; wel - en dan nog sporadisch - in indirecte vorm door een opzegging zonder de toestemming van een bepaalde instantie te verbieden[40]. Op grond van het ongeschreven recht is het vereiste van een behoorlijke reden ('geldige reden') niet gauw aan te nemen. Aangezien een contractspartij in beginsel vrij is van de haar toekomende (door haar voorbehouden) opzegbevoegdheid gebruik te maken, kan slechts een bijzondere omstandigheid meebrengen dat een eis van een rechtvaardigingsgrond die vrijheid kan inperken. Deze bijzondere omstandigheid kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de hoge mate waarin de wederpartij bij voortzetting van de overeenkomst belang heeft [41] of in de gedragingen van de opzeggende partij waarmee zij bepaalde verwachtingen omtrent de duurzaamheid van de overeenkomst bij de wederpartij heeft gewekt[42]. Maeijer noemt t.a.p. het geval dat partijen blijkens de overeenkomst hebben bedoeld een min of meer duurzame samenwerking tot stand te brengen, die niet willekeurig of lichtvaardig mag worden beëindigd. Voor zover hierin niet reeds een stilzwijgende afspraak, inhoudende een beperking van de opzegbevoegdheid, kan worden gezien, mag hier zeker aan de zojuist genoemde gedraging van de opzeggende partij worden gedacht, waarmee zij de verwachting heeft gewekt dat de relatie duurzaam zou zijn en niet willekeurig of lichtvaardig door haar zou worden verbroken.

Een bijzondere omstandigheid, die eveneens een rechtvaardigingsgrond vereist kan doen zijn, is het optreden van een contracteerplicht zoals die in een aantal bijzondere wetten wordt opgelegd[43]. Aan te nemen valt dat een eenmaal tot stand gebrachte overeenkomst slechts kan worden opgezegd voor zover dat met de betrokken wetsbepalingen te vere-

nigen is^[44], ofwel, in andere woorden, de opzegging dient in weerwil van de wettelijke plicht tot voortzetting, gerechtvaardigd te worden.

Uit Maeijers opmerking dat het verschil in benadering tussen Scholten en hemzelf in de praktijk van de rechtstoepassing niet tot sterk verschillende uitkomsten behoeft te leiden^[45], maak ik op dat ook Maeijer van oordeel is dat een opzegging niet zonder meer behoeft te worden gemotiveerd en dat het aan de wederpartij is omstandigheden te stellen en aannemelijk te maken waaruit het (vermoeden van het) bestaan van een onbehoorlijke reden kan worden afgeleid of die als zodanig bijzonder zijn te beschouwen, dat daaruit het vereiste van een toereikende opzeggingsgrond voortvloeit.

Uit het vorenstaande volgt mijns inziens dat van een motiveringsplicht tot het doen van een opzegging in het algemeen niet kan worden gesproken^[46], zij het dat er drie uitzonderingsgevallen bestaan. De eerste uitzondering is het geval dat een wettelijke contracteerplicht bestaat. De tweede is het geval dat gebruik wordt gemaakt van een bevoegdheid tot het doen van een buitengewone opzegging^[47]. In deze beide gevallen heeft de wet (of de partij-afsprake) het kunnen doen van de betrokken opzegging gebonden aan het voorkomen van bepaalde omstandigheden. De wederpartij moet kunnen beoordelen of de gedane opzegging terecht is geschied, zodat zij op de hoogte dient te zijn van de redenen welke tot de opzegging hebben geleid. Het derde uitzonderingsgeval bestaat uit de aanwezigheid van een (andere) bijzondere omstandigheid, welke een rechtvaardigingsgrond vereist. De wederpartij moet kunnen beoordelen of - bijvoorbeeld - de opzeggende partij in strijd met de door haar geverwachte verwachting heeft gehandeld.

Analoog aan de betrokken bepalingen in het arbeidsrecht en het recht betreffende de agentuurovereenkomst^[48], welke bepalingen geheel stroken met de strekking van die mededelingsplicht van de opzeggende partij zoals zojuist beschreven, kan worden aangenomen dat de motivering niet bij de opzeggingshandeling zelf dient te geschieden doch dat deze 'onverwijld' moet worden gedaan.

De opmerking dat, buiten de genoemde drie uitzonderingsgevallen, op grond van het ongeschreven recht geen motiveringsplicht bestaat, moet verder worden gerelativeerd voor het geval dat de wederpartij om een motivering verzoekt. Wanneer zij aannemelijk maakt dat zij een bijzonder belang bij een motivering van de opzegging door de opzeggende partij heeft, dan zal de goede trouw medebrengen dat de opzeggende partij die motivering verschaft, tenzij zij daartegen gegronde bezwaren heeft. In dit geval spreekt het vanzelf dat die alsnog te geven motivering pas na de opzegging behoeft te geschieden. Als zodanig bijzonder belang van de wederpartij kan met name genoemd worden de omstandigheid dat redelijkerwijs te verwachten is dat er zich inderdaad een onbehoorlijke reden heeft voorgedaan. Vooral door deze relativering wordt de hierboven geciteerde opmerking van Maeijer in de praktijk naar alle waarschijnlijkheid bevestigd.

Wanneer een motivering wordt gegeven dan zal deze vanzelfsprekend ook de waarheid moeten bevatten. Slechts in bijzondere gevallen zal van een 'aanpassing' sprake mogen zijn, met name wanneer de reden pijnlijk voor de wederpartij is^[49].

De 'weg waarlangs' de mededeling wordt gedaan

Niet alleen ten aanzien van de inhoud van de opzeggingsmededeling kunnen voorschriften worden gegeven, maar ook ten aanzien van de wijze waarop deze de wederpartij zal dienen te bereiken. Meestal komen deze voorschriften neer op het vereiste van geschrift, aangetekend schrijven of deurwaarderexploit. Met deze bepalingen kunnen twee belangen worden gediend: 1) de rechtszekerheid, welke bij een ingewikkelde rechtsverhouding en/of organisatie van een van partijen wellicht anders te wensen over zou laten, en 2) het opwerpen van een drempel, hetgeen het belang van de opzeggende partij kan dienen als het er om gaat lichtzinnige of onberaden opzeggingen te voorkomen, maar meestal (tevens) ten voordele van de wederpartij zal strekken[50].

Ten aanzien van in overeenkomsten met consumenten te gebruiken algemene voorwaarden bepaalt het voorgestelde artikel 6.5.2A.3 aanhef en onder 1, NBW, dat zonder meer als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt het beding dat ten nadele van de consument afwijkt van de wettelijke regels inzake de wijze waarop of de vorm waarin verklaringen kunnen of moeten geschieden of de voorwaarden waaronder deze hun werking hebben, tenzij het betrekking heeft op de vorm van door de consument af te leggen verklaringen of bepaalt dat de gebruiker fabrikant, etc.) het hem door de consument opgegeven adres als zodanig mag blijven beschouwen totdat hem een nieuw adres is medegedeeld. Wat de 'vorm van de door de consument af te leggen verklaringen' betreft, bepaalt het hierboven al genoemde artikel 6.5.2A.4 onder p NBW dat een strengere eis aan de geldigheid van een opzegging dan een onderhandse akte in beginsel onredelijk bezwarend is.

Het belang van zo weinig mogelijk beperkingen in dit opzicht is vooral groot als de feitelijke mogelijkheid tot opzeggen in de tijd is beperkt. Bij wijze van voorbeeld kan hier gewezen worden op een ziektekostenverzekering. Deze overeenkomst pleegt te worden gesloten voor de duur van een jaar en na afloop van een jaar telkens stilzwijgend te worden verlengd, tenzij een der partijen voor het einde van dat jaar heeft opgezegd. Opzegging zal pas dan in het voordeel van de verzekerde zijn als hij zich elders tegen gunstiger voorwaarden kan verzekeren. Dit kan hij echter pas beoordelen als hij de premienota voor het komend jaar heeft gezien en vergeleken met een offerte van een andere maatschappij. Wanneer de verzekeraar de premienota pas enkele weken voor de aanvang van het nieuwe premiejaar aan de verzekerde toestuurt is het niet onwaarschijnlijk te achten dat deze in tijdnood geraakt en zal het van belang zijn dat hij nog 'op de valreep' per telex of telegram (of wellicht zelf gebrachte brief) kan opzeggen. Een vereiste van opzegging per aangetekende brief kan dan voor de opzeggende partij fataal zijn. Dit klemmt nog te meer als de opzegbevoegdheid pas bestaat in het geval de premie voor het komende jaar eenzijdig is verhoogd[51]. Het voorgestelde artikel 7.17.1.13 NBW biedt voor deze situaties geen oplossing.

In de wetgeving ten aanzien van de benoemde contracten komen formaliteitseisen in dit opzicht niet veel voor. Alleen de regelingen betreffende de huur van woonruimte, van bedrijfsruimte, pacht en de cao bevatten een dergelijk voorschrift, te weten dat de opzegging dient te geschieden bij deurwaardersexploit of aangetekend schrijven[52]. De ratio van deze voorschriften is de bevordering van de rechtszekerheid. Ten aanzien van de

opzegging van een cao kan wellicht een bijzondere betekenis worden gehecht aan deze eis in verband met de drempelfunctie daarvan. Het is thans niet mogelijk tijdens (wellicht verhitte) onderhandelingsbesprekingen, de cao op te zeggen; men moet immers eerst naar de deurwaarder of het postkantoor.

Het gerichtheidskarakter van de opzegging vereist dat de mededeling de wederpartij bereikt[53]. Dit behoeft niet te betekenen dat de mededeling aan de wederpartij persoonlijk gedaan wordt; een vertegenwoordiger, bijvoorbeeld personeelslid op de administratie, kan voldoende zijn. Bepalend is of de wijze, de omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, naar de opvattingen van het verkeer als deugdelijk mag worden beschouwd[54]. Dit kan mijns inziens uitzondering lijden indien de wederpartij een bijzonder belang bij persoonlijke mededeling heeft[55].

Voor het in ontvangst kunnen nemen van een opzegging is het hebben van volmacht niet nodig. (Opzeggen is een eenzijdige rechtshandeling, van de ontvangende partij wordt geen rechtshandeling gevraagd)[56]. Opzegging door middel van een algemene bekendmaking (advertentie in dagblad, aanplakbiljet, t.v.-spot) lijkt mij niet mogelijk omdat dat in strijd met het gerichtheidskarakter van de opzegging is[57].

Volgens de algemeene aanvaarde 'gecorrigeerde vernemingstheorie'[58] moet worden aangenomen dat de opzeggingshandeling perfect wordt op het moment waarop de wederpartij kennis krijgt van die mededeling of daarvan redelijkerwijs had kunnen kennisnemen. Op deze wijze heeft men met betrekking tot de vraag wanneer de opzeggingstermijn begint te lopen of de vraag of de opzegging binnen de eventuele daarvoor gestelde tijd is geschied, eveneens een goed aanknopingspunt. De deugdelijkheid van de wijze waarlangs de mededeling (de opzegging) de wederpartij geacht moet worden te bereiken, komt in het algemeen voor rekening van de opzeggende partij[59]. In voorkomend geval zal hij kunnen volstaan met het bewijs de opzegging op deugdelijke wijze te hebben gedaan. Bijvoorbeeld: de brief heeft gepost, de aangetekende brief ter post heeft bezorgd, de boodschap aan het personeelslid van de wederpartij medegedeeld. Komt desalnietemin vast te staan dat de mededeling de wederpartij niet heeft bereikt dan heeft de opzegging niet plaats gevonden. Dit is anders indien het niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van een omstandigheid waarvan het risico naar verkeersopvatting ten laste van de wederpartij komt. Alsdan moet worden aangenomen dat de opzegging perfect is geworden op het moment waarop zonder deze storende omstandigheid de mededeling zou zijn ontvangen. Een van deze bedoelde storende omstandigheden zal kunnen zijn het feit dat de wederpartij weigert een aangetekende brief in ontvangst te nemen of af te halen. Betekening door een deurwaarder sluit alle risico's uit.

Abas[60] meent dat de opzeggende partij in strijd met de goede trouw handelt indien hij de wederpartij aan de opzegging houdt hoewel hij weet dat de mededeling de wederpartij niet heeft bereikt. In zijn algemeenheid kan ik deze stelling onderschrijven. Naar de aard van de vereisten van de goede trouw kan dit in het concrete geval anders zijn. Zo lijkt het mij niet aanvaardbaar dat iemand zich aan opzegging zou kunnen onttrekken door een trektocht door India te gaan maken en door af en toe een kaartje te sturen aan de wederpartij ervoor te zorgen dat deze weet dat een door hem gedane opzeggingsmededeling de wederpartij niet zal bereiken.

Mannoury[61] heeft zich afgevraagd of de wetgever, met het stellen van de eis dat de opzegging door middel van een aangetekend schrijven of deurwaardersexploijt dient te geschieden (bijvoorbeeld in art. 20 Wet CAO) zich als beslissend moment voor het rechtsgevolg niet het moment van ontvangst maar het moment van verzending heeft voorgesteld. Het risico van zoekraken ligt dan bij de ontvanger; door het ter post bezorgen en aantekenen van de brief is de opzegging geschied. Zijn argument voor deze stelling is dat het doel van het aantekenen van brieven is dat de verzending vaststaat, ook al raakt de brief later bij de post in het ongereede. Voor het bewijs van het ontvangen van de brief is het voorschrift dus niet van (veel) betekenis. Deze zienswijze heeft verder het voordeel - aldus Mannoury - dat het tijdstip van de opzegging nauwkeuriger bepaalbaar is. Het lijkt mij echter niet erg waarschijnlijk dat de wetgever zonder verdere toelichting van de algemene leer heeft willen afwijken.

5.4 HET RECHTSGEVOLG VAN DE ONRECHTMATIGHEID VAN EEN OPZEGGING

Een opzegging die geschiedt in strijd met het recht zou onrechtmatig [62] genoemd kunnen worden. Het is echter zinvol een onderscheid te maken tussen de rechtsregels, die betrekking hebben op de bevoegdheid tot opzeggen ten principale en die welke bij het uitoefenen van die bevoegdheid in acht genomen moeten worden, zoals ook in de verdeling van de stof tussen de hoofdstukken 4 en 5 tot uitdrukking is gebracht. Genoemd onderscheid kan in het kort als volgt getypeerd worden: wanneer een overeenkomst kan worden opgezegd, rijst de vraag in hoeverre zij mag worden opgezegd[63]. Een opzegging die niet kan (omdat er zelfs geen bevoegdheid ten principale bestaat) is als non-existent te beschouwen; de term 'onrechtmatige opzegging' ware dan voor de duidelijkheid te reserveren voor de opzegging die weliswaar in beginsel kan maar die niet mag op de wijze zoals zij is gedaan.

Wat is het rechtsgevolg van deze onrechtmatigheid? Ontbeert de opzegging daardoor het beoogde rechtsgevolg van het einde van de overeenkomst (dus nietigheid, ongeldigheid van de opzegging) of blijft de geldigheid van de opzegging zelf onaangetaast en treedt het einde van de overeenkomst in op het moment waarop dit volgens de opzegging dient te geschieden, terwijl er door de onrechtmatigheid een verplichting tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade voor de wederpartij op de schouders van de opzeggende partij komt te rusten?

In de literatuur zijn de meningen niet altijd even duidelijk[64]. Een aantal schrijvers gaat er van uit dat de onrechtmatigheid nietigheid van de opzegging medebrengt. Aldus Van Brakel, Suijling, Clavareau en Van der Woude. Waarschijnlijk ook Opzoomer[65]. Minder absoluut is Winkel, volgens wie de rechter de 'opzegging kan weigeren c.q. schadevergoeding kan toekennen wegens onrechtmatige opzegging'[66]. Hofmann-Abas stelt dat de goede trouw onder omstandigheden kan meebrengen dat de opzegging 'niet toelaatbaar' kan worden geacht, terwijl het ook mogelijk is dat, wanneer een opzegging wèl rechtsgeldig geschiedt, de opzegger aan de wederpartij de haar berokkende schade dient te vergoeden. In dit laatste geval is het nodig dat de opgezegde partij schade lijdt, het-

geen niet altijd het geval zal zijn[67]. In welke gevallen het eerst genoemde rechtsgevolg en in welke gevallen het laatstgenoemde optreedt of dient op te treden, vermeld hij niet.

Van Dunné onderzoekt in zijn dissertatie voor wat betreft de opzegging eerst het systeem van de wet: 'ik zou allereerst willen nagaan of in het wetssysteem aan de mogelijkheid tot opzeggen perken gesteld worden, en daarna wat de rechtsgevolgen van opzegging in het wettelijk stelsel zijn, te herleiden tot de vraag of er geld op tafel moet komen of niet' [68]. Even verder verbindt hij aan de constatering dat de opzegging in het wetssysteem altijd schadevergoedingsplicht meebrengt, de stelling dat 'een handeling van een contractspartij, gericht tot haar wederpartij, met het doel de beëindiging van de overeenkomst te bewerkstelligen eerst dan als rechtshandeling 'opzegging' aangemerkt kan worden, als aan de hand van normatieve uitleg van die handeling vastgesteld wordt dat zij ingevolge de geldende rechtsnormen de beëindiging van de overeenkomst teweegbrengt'. Vervolgens vermeldt hij dat dat het rechtsgevolg van de opzegging in strijd met de goede trouw schadeplichtigheid kan zijn alsook dat de opzegging geen rechtskracht kan hebben, waarmee hij de eerdere omschrijving weer op losse schroeven zet. Hij maakt zich van dit onderscheid af met de opmerking dat deze nuances in de rechtsvinding door termen als 'in strijd met de goede trouw' niet gedekt worden[69].

Rutten heeft aan het onderhavige vraagstuk geen aparte overweging gewijd. Schrijvend over de uitvoering van de overeenkomst in strijd met de goede trouw, stelt hij dat een algemene regel moeilijk te geven is en dat in het algemeen moet worden gestreefd naar een oplossing die zoveel mogelijk de toestand nabij komt welke zou zijn ontstaan indien wel te goeder trouw zou zijn uitgevoerd[70]. Voor wat de opzegging betreft, zo meen ik zijn opvatting te kunnen parafraseren, zal het zaak zijn de wederpartij in de toestand te brengen alsof wel te goeder trouw (of wel volgens de geldende uitoefeningsvoorschriften) was opgezegd. Of dit langs de weg van ongedigheid van de opzegging dient te worden bereikt, is niet uit deze regel af te leiden.

Uit de jurisprudentie is, voor zover zij wordt gepubliceerd, dikwijls niet duidelijk welk rechtsgevolg de rechter aan de vastgestelde onrechtmatigheid van de opzegging toekent, zo hij al geroepen werd zich over die vraag uit te laten. In het algemeen is het beeld dat uit de lagere jurisprudentie naar voren komt dat van de nietigheid[71]. Uitspraken in tegenovergestelde zin komen echter ook voor[72]. De Hoge Raad heeft zich niet expliciet over deze kwestie uitgelaten. Van belang is de constatering dat de Hoge Raad het onderscheid tussen de beginselbevoegdheid en de regeling van de uitoefening daarvan voor wat betreft overeenkomsten waarbij niet expliciet in een opzegbevoegdheid (door de wet of door partijen) is voorzien, niet maakt. Men zie het arrest inzake het Algemeen Ziekenfonds D.P.Z. (HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 m.n. A.R.B.). Uit de goede trouw kwam de bevoegdheid voor het ziekenfonds voort 'tot opzegging van de overeenkomst op de termijn en eventueel onder de voorwaarden, die in verband met de belangen van beide pp. redelijk zijn te achten'. In de woonruimte-arresten[73] werd de opzegging geen rechtskracht toegekend (vordering tot ontruiming werd in lagere instantie niet toegewezen, hetgeen door de Hoge Raad niet werd gecasseerd) waarbij als motief gold het belang van het hebben van woon-

ruimte. Gezien de bijzondere plaats die dit belang in onze samenleving en daarmee in ons recht inneemt, zou het voorbarig zijn hieruit te concluderen dat de Hoge Raad op het standpunt zou staan dat strijd met het ongeschreven recht zonder meer ongeldigheid van de opzegging mee zou brengen. In dezelfde richting gaat annotator G.J. Scholten.

Opgemerkt dient te worden dat de Hoge Raad zich in een aantal gevallen voorstander heeft getoond van conversie van de ongeldige rechtshandeling in een geldige. Voor wat betreft de opzegging in het arbeidsrecht kom ik hierover aanstonds te spreken. Opmerkelijk is ook een overweging in het arrest HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441, inhoudende dat de in de artikelen 1639s en 1639u BW gegeven regeling (...) als uitputtend moet worden beschouwd, in die zin dat naast deze regeling voor een toetsing van een ontslag aan artikel 1374 derde lid BW resulterend in een herstel van de dienstbetrekking, geen plaats is. Dit zou er op kunnen wijzen dat het volgens de Hoge Raad niet ugesloten is dat een toetsing aan artikel 1374 lid 3 BW onder omstandigheden (waaronder het ontbreken van een specifieke en daarom uitputtende regeling op dit punt in de wet) wèl tot 'herstel' van de contractuele relatie leidt, bijvoorbeeld door het aannemen van de ongeldigheid van een opzegging die deze relatie had dienen te beëindigen.

In de huidige wetgeving komt een algemene regel op het hier besproken punt niet voor. In het NBW ontbreekt een dergelijke regel eveneens. Artikel 3.2.7 handelt (slechts) over gevallen van strijd met de goede zeden, openbare orde en dwingende wetsbepaling. Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 3.2.8 heeft de minister van Justitie in de MvA II het volgende opgenomen: 'Zo zal deze zindsnede verhinderen dat een opzegging, die aan nietigheid lijdt, omdat zij op te korte termijn geschiedde, zou worden geconverteerd (...)'. Kennelijk staat hij op het standpunt dat een opzegging, waarbij de voorgeschreven opzegtermijn niet in acht is genomen, nietig is[74].

Volgens het zojuist aangestipte artikel 3.2.8 NBW, dat geacht kan worden reeds thans het geldende recht weer te geven[75], moet worden aangenomen dat, wanneer een rechtshandeling, zoals bijvoorbeeld een opzegging, nietig is deze in een geldige rechtshandeling kan worden geconverteerd. Dit is mogelijk indien deze opzegging in zodanige mate aan de strekking van een andere, als geldig aan te merken, rechtshandeling beantwoordt, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht indien van de gedane opzegging wegens haar ongeldigheid zou zijn afgezien, terwijl deze conversie (dat wil zeggen: aan de gedane rechtshandeling komt de werking toe van 'die andere' rechtshandeling) niet onredelijk mag zijn jegens de wederpartij. Dat het juist de opzegging is geweest die partijen tijdens het parlementaire debat over artikel 3.2.8 NBW voor ogen heeft gestaan[76], is niet onbegrijpelijk, aangezien de onbillijkheid van de ongeldigheid van een opzegging met een termijn van vier weken, terwijl de goede trouw een termijn van vijf weken vereist, in het oog springt, terwijl het op het eerste gezicht niet onredelijk lijkt jegens de wederpartij dat deze opzegging in een met vijf weken wordt geconverteerd.

In de jurisprudentie is conversie van een ongeldige opzegging in een geldige reeds lang geaccepteerd[77].

De wettelijke regeling van de benoemde contracten, zoals die uiteindelijk in Boek 7 van het NBW zullen worden geregeld, geeft het volgende

beeld te zien. In de regeling van drie overeenkomsten geldt als regel dat de opzegging ondanks haar eventuele onrechtmatigheid (bijvoorbeeld omdat een te korte opzegtermijn in acht is genomen) desalniettemin geldig is, te weten in de regeling van de arbeidsovereenkomst (behalve indien de zgn. opzeggingsverboden van toepassing zijn, zie nr. 4.5.1), van de aanneming van werk en van de agentuurovereenkomst[78]. In al deze gevallen geldt echter de uitzondering van artikel 6 BBA, indien dit besluit van toepassing is (zie art. 1 BBA). Deze regel van 'onrechtmatig is geldig' ('ontslag is ontslag') wordt in al die drie regelingen in het bijzonder gemotiveerd. Men zie hierboven bij de toekenning van een opzegbevoegdheid (nr. 4.4). Het gaat om de waarde die de wetgever toekent aan het belang van een vertrouwensrelatie als basis van de uitvoering van die overeenkomsten respectievelijk aan het belang dat de aanbesteder kan hebben bij het niet tot uitvoering laten komen van het door hem bestelde werk. Terzijde zij opgemerkt dat deze toekenning verder gaat dan de sfeer van de uitoefeningsvoorschriften waarover het in dit hoofdstuk gaat en dat die toekenning ook geldt voor overeenkomsten 'voor bepaalde tijd'.

Conversie van rechtswege vindt plaats bij de huur van woonruimte wanneer de opzegging tegen een verkeerde dag of op te korte termijn is gedaan (art. 1623b lid 8 BW). Hetzelfde geldt voor de opzegging van de huur van bedrijfsruimte die tegen de tien jaar heeft geduurd (art. 1631 en art. 1631d BW).

Onduidelijk is hetgeen ten aanzien van een onrechtmatige opzegging van de collectieve arbeidsovereenkomst geldt (art. 19 Wet CAO).

In alle andere gevallen geldt dat de opzegging nietig is.

Wat het NBW betreft komen de volgende bijzonderheden voor. Art. 7.13.1.14 bepaalt dat de opzegging vernietigbaar is, indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied. Het gaat hier om de opzegging van een vennootschapsovereenkomst. Conversie volgt impliciet uit de formulering van de artt. 7.2.1.3 (verbruikleen), 7.6.5 (bruikleen)[79] en 7.9.6 (bewaarneming). Nietigheid volgt uit de formulering van art. 7.4.4.3 (huur)[80] en vermoedelijk ook uit de artt. 7.17.1.5, 7.17.1.7, 7.17.2.5, 7.17.2.7 en 7.17.2.11 (verzekering). Onduidelijkheid bestaat ten aanzien van art. 7.18.2 (lijfrente).

In het algemeen kan worden aangenomen dat de wet bepaalt dat onrechtmatigheid van de opzegging ongeldigheid medebrengt, zij het dat onder omstandigheden conversie uitkomst kan bieden. In bijzondere gevallen, die uitdrukkelijk als zodanig zijn geregeld, is dit anders.

De vraag rijst waarom zo vrij algemeen wordt aangenomen dat onrechtmatigheid nietigheid van de opzegging medebrengt in plaats van (alleen) een schadevergoedingsplicht. Een duidelijk antwoord hierop is niet te vinden. Op de hierboven genoemde uitzonderingen in de literatuur (Rutten, Hofmann-Abas, Van Dunné) na, acht men de ongeldigheid kennelijk een vanzelfsprekendheid. Gezien vanuit de gezichtshoek dat een opzeggingsbevoegdheid een uitzondering vormt op het bepaalde in art. 1374 lid 2 BW, dat het gegeven woord partijen tot wet strekt, zou men kunnen redeneren dat deze uitzondering niet van toepassing is (of kan zijn) voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Vergelijk de formulering in art. 6.5.3.1 lid 2 NBW. Dit zou het probleem echter alleen maar verleggen naar de vraag wanneer en waarom slechts ongeldigheid als

'niet onaanvaardbaar' mag worden aangenomen. Een andere redenering is dat partijen niet (eenzijdig) terug kunnen komen op het door hen gegeven woord met betrekking tot de wijze waarop zij van de opzeggingsbevoegdheid gebruik zullen maken. Dit argument snijdt alleen hout voor die gevallen waarin (bij ontbrekende wetgeving op dit punt) door partijen inderdaad een regeling (al of niet expliciet) is getroffen, welke inhoudt dat zij aan overtreding van deze afspraak de sanctie van nietigheid verbinden. Partijen kunnen desgewenst het tegendeel afspreken.

Het komt mij voor dat de beantwoording van de hier gestelde vraag gezocht moet worden in de sfeer van het belang van de wederpartij: de door de onrechtmatigheid geschonden norm is immers hoofdzakelijk (zo niet uitsluitend) in haar belang gegeven. Mijs inziens dient daarom ook in het geval van opzegging uitgangspunt te zijn dat de wederpartij er primair recht op heeft dat de andere (opzeggende) partij haar verplichtingen uit de overeenkomst nakomt. Dit geldt ook indien die verplichtingen voortspruiten uit de goede trouw. In het overeenkomstenrecht komt aan de verplichting tot betaling van schadevergoeding (slechts) een subsidiaire plaats toe[81]; het staat aan een contractspartij niet vrij wanprestatie te plegen onder aanbieding van schadevergoeding. Dit uitgangspunt van recht op daadwerkelijke nakoming brengt mee dat een onrechtmatige opzegging in beginsel nietig is[82].

Aan de andere kant heeft de wederpartij ook niet op meer recht dan op nakoming door de andere partij. Dit betekent dat in het algemeen de wederpartij niet meer toekomt dan om te verkeren in een positie waarin zij zou hebben verkeerd indien rechtmatig zou zijn opgezegd. Conversie van de ongeldige opzegging in een geldige, rechtmatige opzegging is daarom niet reeds bij voorbaat onredelijk jegens de wederpartij te achten. Wanneer is opgezegd met een termijn van twee maanden terwijl een termijn van drie maanden in acht had behoren te worden genomen, dan kan het zijn dat het niet onredelijk jegens de wederpartij is te achten indien de aldus gedane, onrechtmatige opzegging de werking wordt toegekend van een opzegging met een termijn van de behoorlijke drie maanden. Hierbij past echter voorzichtigheid. De strekking van een opzegtermijn is de wederpartij in de gelegenheid te stellen zich aan het einde van de overeenkomst aan te passen (ofwel door het afbouwen van de betrokken activiteiten ofwel door het vinden van alternatieven). Wanneer achteraf een te korte opzegtermijn wordt geconverteerd in een langere (dat wil zeggen de opzegging wordt geconverteerd in een met een termijn zoals het behoorde), dan is het gevaar niet ondenkbeeldig dat de wederpartij alsdan niet meer het rendement van de opzegtermijn heeft die zij had mogen verwachten. In een dergelijk geval is conversie jegens de wederpartij wel onredelijk te achten. Dit zal natuurlijk anders zijn indien de conversie achteraf als louter fictief gebeuren geschiedt, als de behoorlijke termijn eveneens reeds lang verstreken zou zijn, bij wijze van berekeningsgrondslag voor hetgeen partijen elkaar over en weer nog schuldig zijn[83].

Conversie lijkt mij uitsluitend toepasbaar ten aanzien van opzeggingen die in beginsel nietig zijn omdat zij niet voldoen aan de eis van inachtneming van een behoorlijke opschortende voorwaarde. Met name wanneer een opzegging onrechtmatig is omdat een eventuele formaliteitseis niet is nageleefd[84] of omdat sprake is van een onbehoorlijke reden of omdat - in voorkomend geval - een rechtvaardigingsgrond ontbreekt, is

conversie in een rechtmatige, geldige opzegging, niet goed voorstelbaar, althans niet aanvaardbaar. Ik laat hierbij nog in het midden of een opzegging door middel van een aangetekende brief is te beschouwen als een andere rechtshandeling dan een opzegging van dezelfde overeenkomst door middel van dezelfde mededeling per brief of telegram of gewoon per mondelinge communicatie. Uit het doen van de opzeggingsmededeling valt zonder meer af te leiden dat de opzeggende partij ook een andere opzeggingsboodschap zou hebben willen doen, indien zij daardoor wel op de voorgeschreven wijze zou hebben opgezegd of indien zij wel een toereikende rechtvaardigingsgrond[85] zou hebben gehad[86]. De wens van de opzeggende partij tot conversie ligt voor de hand; zij heeft daarbij alles te winnen en niets te verliezen; immers het kost haar niets. De betrokken regels zullen meestal in het belang van de wederpartij zijn; de mogelijkheid van conversie reduceert de waarde van deze regels in aanzienlijke mate, aangezien in deze gevallen conversie alleen niet geschiedt wanneer dit onredelijk zou zijn jegens de wederpartij. Dit betekent dat die wederpartij die onredelijkheid moet stellen en aantonen[87]. Waarom het billijk zou zijn dat de opzeggende partij, die haar verplichtingen niet nakomt, bevoordeeld zou moeten worden ten koste van de wederpartij, is mij niet duidelijk. Gezien het feit dat de overtreden regel in het belang van de wederpartij aangegeven is[88], zou het voor de hand liggen te veronderstellen dat conversie in deze gevallen altijd onredelijk jegens de wederpartij te achten is. Op grond hiervan zou conversie dan in deze gevallen (die waarin de opzegging nietig is wegens overtreding van een formaliteitseis of het ontbreken van een toereikende rechtvaardigingsgrond) niet mogelijk zijn. Dit standpunt strijdt echter niet alleen met de opvatting van de Hoge Raad, het is ook ongenueanceerd voor zover het er van uitgaat dat het wel toekennen van rechtskracht aan de bewuste onrechtmatige opzegging altijd onredelijk jegens de wederpartij zou zijn. Het is immers mogelijk dat zulks slechts in zo geringe mate onredelijk zou zijn dat dit geen beletsel voor het alsnog toekennen van rechtskracht aan de bewuste opzegging kan vormen. Of dit zo is hangt af van de eisen van redelijkheid en billijkheid, of - in andere bewoordingen - het gaat in wezen om de vraag of de wederpartij zich te goeder trouw op de nietigheid van de onrechtmatige opzegging kan beroepen. Met deze laatste vraag is de kwestie geformuleerd zoals het behoort: dat de wederpartij zich niet op de nietigheid kan beroepen dient de opzeggende partij te stellen en aan te tonen. Op deze wijze ligt het voordeel van de twijfel op de juiste plaats, namelijk bij degene in wiens belang de betrokken regels gelden.

Bijzonder en niet onomstreden[89] is de conversie die door de Hoge Raad in het volgende geval[90] toepasselijk wordt geacht. Een ontslag op staande voet, dat ongeldig was wegens het ontbreken van een dringende reden en van de toestemming van de Dir. van het GAB, wordt omgezet in een voorwaardelijke opzegging, te weten in een opzegging onder de voorwaarde dat de toestemming van de Dir. GAB verkregen wordt en onder opschorting van de ingang van de opzegtermijn tot die toestemming aan de wederpartij (de arbeider) ter kennis zal zijn gebracht. Deze conversie komt mij onaanvaardbaar voor omdat een voorwaardelijke opzegging pas toelaatbaar kan worden geacht als de wederpartij met dit voorwaardelijke karakter instemt (zie nr. 4.2). Bovendien staat niets de werkgever in de weg na het verkrijgen van de toestemming

van de Dir. GAB de arbeider 'gewoon' op te zeggen[91] (desnoods onder de clausulering 'voor zover vereist', doch dit is geenszins nodig, ook niet wanneer nog niet definitief is vastgesteld of er sprake was van een dringende reden of niet). Tot slot doet deze conversie mij zeer gekunsteld aan. Kan nog worden volgehouden dat aangenomen moet worden dat de werkgever, toen hij de werknemer op staande voet ontsloeg, die andere voorwaardelijke opzegging met opschorting van de ingang van de opzegtermijn tot het moment waarop de toestemming aan de werknemer ter kennis zou zijn gebracht, zou hebben verricht indien hij toen geweten zou hebben dat er geen dringende reden aanwezig geacht zou worden?[92]

Het uitgangspunt dat de onrechtmatigheid van de opzegging de nietigheid ervan medebrengt, moet voor een aantal gevallen worden gerelativeerd, omdat het geschil in die gevallen uiteindelijk toch zal uitmonden in een verplichting tot het betalen van schadevergoeding. We stuiten hier op het leerstuk van de reële executie van verplichtingen die uit een overeenkomst voortvloeien[93]. Onwilligheid tot presteren zal in een aantal gevallen resulteren in een verplichting tot betaling van een geldsom, nu het niet mogelijk is de wederpartij altijd datgene te verschaffen waarop zij recht heeft. Ingeval van een opzegging bestaat het voordeel dat de rechtsverhouding reeds voor een deel kan zijn uitgevoerd. Zo kan de wederpartij reeds in het bezit van het onderwerpelijke goed zijn. In dat geval zal nietigheid van de opzegging medebrengen dat zij een vordering tot teruggave of ontruiming met het (blijven) bestaan van de overeenkomst kan afweren.

Op het genoemde uitgangspunt onrechtmatig = ongeldig zijn een aantal uitzondering te maken. In de eerste plaats kan de aard van de relatie, die tussen partijen op grond van de overeenkomst bestaat, zich tegen het voortzetten van de overeenkomst (en daarmee tegen de nietigheids-sanctie op de onrechtmatigheid van de opzegging) verzetten. Hier kan met name gedacht worden aan die relaties welke slechts bij een hoge mate van wederzijds vertrouwen gedijen of dit vertrouwen zonder meer vereisen. Voor de arbeidsovereenkomst, de agentuurovereenkomst en de arbeidsverhouding in de zin van het BBA 1945 is de mogelijkheid tot het te allen tijde doen intreden van het einde van de overeenkomst ingeval van een dringende reden wettelijk geregeld[94].

In de tweede plaats kan het belang van de wederpartij bij daadwerkelijke voortzetting van de overeenkomst te gering zijn. Dit kan volgen uit het feit dat de wederpartij alleen aanspraak zal kunnen maken op de betaling van een som geld (bijvoorbeeld bij een bemiddelingsovereenkomst, waarbij alleen nog periodiek provisie betaald moet worden) of wanneer de relatie reeds lang en definitief feitelijk is geëindigd zodat herstel ervan grote praktische problemen kan meebrengen[95].

In de derde plaats kan de goede trouw zich tegen een beroep op de nietigheid van opzegging verzetten, omdat de wederpartij verwijten gemaakt kunnen worden. Zij kan zich laakbaar hebben gedragen of bepaalde verwachtingen bij de opzeggende partij hebben gewekt. Aldus kan zelfs de dwingendrechtelijke bescherming tegen opzeggingen en andere gedragingen van de sterkere partij in het huurrecht betreffende woonruimte toepassing missen[96].

Deze uitzondering op het genoemde uitgangspunt zal met name ook van belang kunnen zijn als toepassing van conversie om de een of andere

reden niet geschiedt. Zoals hierboven al uiteengezet, is conversie van een opzegging, die aan nietigheid lijdt doordat een formaliteitseis niet is nageleefd, niet toepasselijk te achten en dient deze problematiek te worden opgelost aan de hand van de derogerende werking van de goede trouw. In de rechtspraktijk lijkt dit inderdaad te geschieden[97]. Omdat de grote mate van casuïstiek aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid pleit Rodrigues Lopes - voorzichtig - voor een meer slaafse navolging van het wettelijke vormvereiste (i.c. van de Pachtwet)[98].

In de praktijk kan men soms langs verschillende kanten tot dezelfde oplossing komen. Het geval deed zich voor dat iemand wilde opzeggen terwijl hij geen tijd meer had zulks op de voorgeschreven wijze voor wat betreft het vormvereiste te doen. Hij deed daarom de telefonische mededeling dat hij voornemens was op te zeggen. Toen dan de daadwerkelijke opzegging te laat ontvangen werd, werd een beroep op overschrijding van de termijn in strijd met de goede trouw geacht[99]. Een andere redenering zou zijn geweest dat de telefonische mededeling als de opzegging is te beschouwen en dat de goede trouw in de weg staat aan een beroep op strijdigheid met de formaliteitseis. Deze laatste redenering lijkt mij de voorkeur te verdienen omdat hierin minder onzekerheid voor de wederpartij bestaat. Na de eerste mededeling moet zij immers in de eerste redenering maar afwachten of de 'echte' opzegging nog komt of niet.

In de vierde plaats kan een wederpartij berusten in de geldigheid van de opzegging en zich eventueel tevreden stellen met schadevergoeding [100]. (Dit geval is wel te onderscheiden van het geval dat de wederpartij met de opzegging, dat wil zeggen met de beëindiging van de overeenkomst zoals door de opzeggende partij wenst te worden bewerkstelligd, akkoord gaat. Afhankelijk van de uitleg van de, als opzegging nietige, mededeling kan wellicht een beëindigingsovereenkomst ontstaan. Zie hierboven nr. 2.2) Deze berusting kan met name tot uiting komen in het standpunt dat de wederpartij in een procedure inneemt, zoals wanneer zij tegen de opzegging opkomt en alleen schadevergoeding vordert. De nietigheidsvraag komt dan niet aan de orde.

Afgezien van de berusting, welke als een afstand van recht is te beschouwen, kan de wederpartij ook haar recht verwerken door (veel) te lang te wachten met de opzegging aan te tasten. Dit geldt des te sterker naarmate de moeilijkheden ten gevolge van de vaststelling achteraf dat de opzegging nietig is, voor de opzeggende partij groter zijn.

Aan het uitgangspunt, dat de onrechtmatigheid van de opzegging de nietigheid daarvan medebrengt, kleeft het bezwaar van de rechtsonzekerheid, die bestaat gedurende de tijd dat nog niet definitief is vastgesteld of de opzegging inderdaad onrechtmatig is te achten of niet en - in geval dat zij onrechtmatig is - of het gevolg daarvan inderdaad nietigheid is of niet. Dit bezwaar bestaat eveneens ingeval van andere kwesties, waarin achteraf over de geldigheid van rechtshandelingen moet worden beslist of de rechter de bevoegdheid heeft een overeenkomst te ontbinden of de ontbinding uit te spreken[101]. In dergelijke situaties liggen de belangen van de betrokken partijen meestal zo complex en dient billijkheidshalve in zo verregaande mate te worden genuanceerd, dat met een eenvoudige regeling niet kan worden volstaan. Men zie de leerstukken betreffende de 'wilsgebreken', ontbinding wegens wanprestatie, etc. en de wettelijke regelingen, waarin het rechtsgevolg van een

Uitoefening van een opzeggingsbevoegdheid

onrechtmatige opzegging genuanceerd (en derhalve gedetailleerd) is geregeld (arbeidsovereenkomst, agentuur, huur van bedrijfsruimte en pacht en de huur van woonruimte). Het blijkt dat ook een gedetailleerde regeling de rechtsonzekerheid niet geheel kan wegnemen. Ik neig daarom tot de conclusie dat de beste oplossing deze is dat de rechter (en in zekere zin ook partijen) de vrijheid gelaten wordt aan de bijzonderheden van het geval 'recht te doen', waarbij de rechtszekerheid bijvoorbeeld kan worden bevorderd door bovengenoemd uitgangspunt en de mogelijkheid tot uitzondering daarop als richtlijn te nemen.

In geval dat de onrechtmatige opzegging als nietig moet worden beschouwd, zou men wellicht geneigd zijn te zeggen dat de bevoegdheid tot opzeggen in dat geval kennelijk niet bestond. Toch is het mijns inziens zinvol om het onderscheid 'bestaan van de opzegbevoegdheid' en 'de regels welke gelden bij de uitoefening van die bevoegdheid' te blijven maken, omdat dan rekening gehouden wordt met de in beginsel bestaande vrijheid om van een eenmaal bestaande bevoegdheid gebruik te maken. Wanneer de wet of de partij-afpraak dit onderscheid wel maakt, dan zal men om dit gegeven niet heen kunnen. Bovendien is het op deze wijze eenvoudiger om enige structuur aan te brengen in de regels welke het rechtsgevolg van de onrechtmatigheid van de opzegging, beheersen zoals hierboven is gedaan. In de visie van de Hoge Raad, waarin ten aanzien van overeenkomsten waarin noch uit de wet noch (expliciet) uit de partijafpraak een opzeggingsbevoegdheid voortvloeit, (zie nr. 4.3) is de nuancering tussen het rechtsgevolg 'nietigheid' en het rechtsgevolg 'geldigheid met schadevergoedingsplicht' ook aan te geven doch dit levert dan de volgende 'formule' op: onder de omstandigheden van het geval moet worden aangenomen dat voor de gedane opzegging weliswaar geen bevoegdheid bestond, omdat deze niet uit de goede trouw volgde, maar anderzijds volgt uit de goede trouw dat, nu de opzegging toch, - hoe wel in strijd met de goede trouw - is gedaan, het de wederpartij niet vrij staat op die strijdigheid een beroep te doen voor zover zij daarmee de gedane opzegging het daarmee beoogde rechtsgevolg wil doen ontberen. Alsdan is slechts een vordering tot vergoeding van schade wegens onrechtmatige opzegging toewijsbaar.

Voor oplossing van het rechtsonzekerheidsprobleem in acute (nood-) gevallen kan wellicht hulp geboden worden door de president van de rechtbank in de vorm van een voorlopige voorziening, te geven in kort geding. Destijds heeft het vonnis van de president van de Haagse rechtbank (7 december 1983, KG 1984, 27), waarbij een bank werd bevolen de kredietverlening aan een Leidse wolfabriek voorlopig voort te zetten, landelijke bekendheid gekregen.

5.5 CONCLUSIE

Uitgaande van het bestaan van een beginselbevoegdheid tot het kunnen opzeggen van een overeenkomst moet de opzegging in ieder geval worden gedaan met inachtneming van de daarvoor geldende regels: uitoefeningsvoorschriften. Deze kunnen in de wet of in de overeenkomst zijn neergelegd of uitsluitend door de goede trouw gegeven worden. Over deze voorschriften handelde dit hoofdstuk en in het algemeen komen zij neer op de inachtneming van een zekere termijn of de dag waartegen, de

vervulling van bepaalde formaliteitseisen en/of het voldoen aan een eis met betrekking tot de reden voor de opzegging. De wetgeving ten aanzien van de in Boek 7 NBW te regelen contracten bevat geen aanknopingspunten om min of meer algemene regels op deze gebieden af te leiden. Voor het aannemen van een bepaalde dag waartegen slechts opgezegd zou mogen worden is in het algemeen geen aanleiding. Dit is wel het geval voor het inachtnemen van een opzegtermijn, doch voor wat de lengte betreft verschaft noch de wetgeving, noch ook het ontwerp voor Boek 7, veel aanknopingspunten. Dit is onder meer te wijten aan het feit dat die wetgeving in de verschillende onderdelen juist gedetailleerd en uitgebreid is om aan de specifieke problemen, die met de betrokken overeenkomst, en met name met de opzegging ervan, gepaard gaan, een oplossing te bieden. Andere regelingen wekken de indruk vrij willekeurig op dit punt tot stand te zijn gekomen.

Formaliteitseisen komen slechts weinig voor. Het is niet goed voorstelbaar dat dergelijke eisen uit het ongeschreven recht zouden kunnen voortvloeien, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten. Uit de goede trouw vloeit voort dat er nooit een onbehoorlijke reden aan een opzegging ten grondslag mag liggen; toetsing van die reden komt echter slechts pas aan de orde indien de wederpartij gemotiveerd stelt en eventueel aannemelijk maakt dat er waarschijnlijk van een zodanige reden sprake is. Een motiveringsplicht bestaat in het algemeen niet. Dit ligt anders in de visie van de Hoge Raad ten aanzien van overeenkomsten in welke opzegging noch door de wet noch door de expliciete partij-afpraak is voorzien. In die visie zal gemotiveerd moeten worden door de opzeggende partij waarom de goede trouw naar haar inzien een opzeggingsbevoegdheid meebracht.

Voor een buitengewone opzegging is altijd een motivering vereist. Op zichzelf behoeft die motivering geen deel van de opzegging zelf uit te maken. Uit de partij-afpraak kan anders volgen. Onder bijzondere omstandigheden, welke de wederpartij zal moeten stellen en aannemelijk maken, zal een toereikende opzeggingsgrond vereist kunnen zijn.

Het rechtsgevolg van een strijdigheid met een of meer van deze voorschriften is volgens de literatuur en de rechtspraak (uiteindelijk) nietigheid van de opzegging. Hetzelfde is ook uit het geheel van de wetgeving ten aanzien van de hoger genoemde bijzondere contracten af te leiden. Ten aanzien van de opzegging op te korte termijn is conversie mogelijk, zij het met de nodige voorzichtigheid. Uitzondering op dit uitgangspunt (onrechtmatig = nietig) bestaat wanneer aan de overeenkomst, of de uitvoering daarvan, een grote vertrouwensbasis tussen partijen vereist is of wanneer de derogerende werking van de goede trouw zich tegen een beroep op die nietigheid verzet. Dit laatste kan onder meer volgen uit de afweging van de betrokken belangen, de praktische problemen en het gedrag van beide partijen.

De rechtsonzekerheid gedurende de periode tussen de opzegging en het moment waarop definitief over de geldigheid wordt beslist, is min of meer inherent aan alle situaties waarin achteraf over het bestaan van een contractuele relatie geoordeeld moet worden. Een wettelijke regeling lijkt een oplossing niet veel dichterbij te brengen. Het bereiken van een rechtvaardige oplossing zal aan de rechter moeten worden overgelaten. De rechtszekerheid kan voor gevallen waarin op dit punt geen (wettelijke of contractuele) regeling bestaat echter worden bevoor-

Uitoefening van een opzeggingsbevoegdheid

derd door het aannemen van het bovengenoemde onderscheid tussen bevoegdheid tot opzeggen (necrkomend op de principiele opzegbaarheid van de overeenkomsten voor onbepaalde tijd) enerzijds en de regeling van de uitoefening daarvan anderzijds. Vervolgens kan het genoemde uitgangspunt, met de daarbij gemaakte opmerkingen aangaande de mogelijke en/of wenselijke uitzonderingen daarop, als richtlijn dienen.

Samenvatting en conclusie

Noch in de wet, noch in het NBW, noch in de jurisprudentie komt een algemene omschrijving van de opzegging voor. In navolging van de literatuur en in aansluiting bij het spraakgebruik heb ik in nr. 2.2 de opzegging van een overeenkomst omschreven als de eenzijdige, aan mededeling onderworpen wilsverklaring, waardoor vanaf een zeker tijdstip de overeenkomst van haar werking wordt beroofd ('de voortdurende verbintenissen wat haar omvang betreft worden gelimiteerd'). Als zodanig valt de opzegging te onderscheiden van andere rechtsfiguren als de herroeping (de ontbinding van de gehele overeenkomst door een partij-verklaring), de ontbinding wegens wanprestatie (geen partij-verklaring nodig en - in beginsel - ontbinding van de gehele overeenkomst) en de beëindigingsovereenkomst (tweezijdige rechtshandeling).

Als onderdeel van het overeenkomstenrecht speelt de opzegging in het maatschappelijke leven een belangrijke rol. Het bestaan van een opzeggingsbevoegdheid activeert het marktmechanisme doordat het bij duurovereenkomsten de mogelijkheid verschaft aan de binding voor de toekomst een eind te maken indien een partij betere mogelijkheden ontwaart, hetgeen vooral van belang is bij overeenkomsten voor wat langere duur. Een opzeggingsbevoegdheid versterkt de positie van een partij jegens de wederpartij (en verzwakt de positie van die partij navenant). Een opzeggingsbevoegdheid brengt, gezien de vrijheid die men heeft om daarvan gebruik te maken of niet, de mogelijkheid mee de opzegging als sanctie te hanteren voor onwettig gedrag van de wederpartij, los van de vraag of die wederpartij wanprestatie pleegt of niet. Dit is in een aantal gevallen aanleiding voor de wetgever een zwakke partij een opzeggingsbevoegdheid toe te kennen (oftewel - in mijn voorstelling - rechtskracht te onthouden aan een beding waardoor die partij in haar in beginsel bestaande bevoegdheid tot opzeggen wordt beperkt) en/of de eventuele bevoegdheid tot opzeggen van de wederpartij te beperken. Wanneer een zwakke partij door de wetgever bepaalde aanspraken jegens haar wederpartij worden verschaft, dan is een beperking van de opzeggingsbevoegdheid van die wederpartij bij uitstek het middel om (als sluitstuk van de beschermende regeling) te voorkomen dat die wederpartij een beroep op die aanspraken frustreert door de relatie te beëindigen of met een beëindiging te dreigen. Op zichzelf is het zeer waarschijnlijk dat een sterke partij zich een opzegbevoegdheid zal proberen voor te behouden.

Vroeger heeft de kwestie gespeeld of de opzegging van een overeenkomst tot de uitvoering daarvan moest worden gerekend. Zie nr. 1.3. Deze vraag was van belang in verband met de vraag of de opzegging aan de eisen van de goede trouw moest voldoen. Thans moet aangenomen worden dat deze vraag in het voetspoor van de Hoge Raad (met name het arrest van 15 april 1966, NJ 1966, 302) en de ontwikkeling van de

uitbreiding van de contractuele goede trouw naar andere dan strikt contractuele verhoudingen, naar geldend recht zonder meer bevestigend moet worden beantwoord. De eisen van de goedē trouw brengen mede dat een partij rekening moet houden met de belangen van zijn wederpartij wanneer hij de overeenkomst door opzegging wenst te beëindigen. Hoever deze verantwoordelijkheid strekt is uitgewerkt in nr. 1.4. De bovengrens van die verantwoordelijkheid wordt gevormd door de omvang van de 'aanpassingsschade' van de wederpartij.

Een algemene theorie over de opzegging bestaat niet of nauwelijks. De in de wettelijke regelingen voorkomende opzeggingsfiguren zijn uitsluitend als onderdeel van die respectievelijke regelingen tot stand gekomen. Slechts zeer sporadisch is door de wetgever rekening gehouden met een reeds bestaande regeling van een opzegging van een andere overeenkomst. Het feit dat veel regelingen inhoudelijk aan verschillende rechtstelsels zijn ontleend (zie voorbeelden in nr. 1.1) heeft dit in de hand gewerkt. Het huidige beeld ten aanzien van de verhouding opzegging - overeenkomst is niet erg duidelijk. Sommigen baseren zich hiervoor kennelijk op art. 1374 BW: de overeenkomst strekt partijen tot wet en deze kan niet dan door wederzijdse toestemming of uit een reden die de wet daartoe voldoende verklaart, worden herroepen. Die 'voldoende verklaring' geschiedt door de wet in afzonderlijke regelingen van de verschillende benoemde overeenkomsten.

Wanneer noch in de wet en noch in de partij-afspraken een opzeggingsbevoegdheid staat vermeld, zou de overeenkomst in deze visie dus niet kunnen worden opgezegd. Desalniettemin wordt met name in de gezaghebbende literatuur aanvaard dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd kan worden opgezegd ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke toekenning van die bevoegdheid. Voorstanders van deze opvatting blijven echter in gebreke met een dogmatische fundering van deze zienswijze.

Een zodanige fundering wordt door de wet ook niet gemakkelijk gemaakt nu zij in een aantal regelingen verschillende begrippen 'bepaalde tijd' heeft opgenomen. 'Onbepaalde tijd' vormt noodzakelijkerwijs het complement van 'bepaalde tijd'. Het begrip bepaalde tijd kent echter twee aspecten: het minimumduur-aspect (einde van rechtswege na afloop van deze duur) en het maximumduur-aspect (uitsluiting van opzeggingsbevoegdheid gedurende deze periode). Met de term 'bepaalde tijd' kunnen in voorkomend geval beide aspecten worden bedoeld en dat zal in de praktijk meestal ook het geval zijn. Men zou in dergelijke gevallen kunnen spreken van een 'vaste duur'.

In art. 1606 BW (huur) heeft de wetgever het oog op het maximumduur-aspect; in art. 1607 BW op het minimumduur-aspect. In de regeling van de arbeidsovereenkomst heeft art. 1639f BW met de term 'bepaalde tijd' betrekking op het maximumduur-aspect en art. 1639m BW op het minimumduur-aspect. Dit onderscheid komt ook binnen één en hetzelfde artikel voor. In lid 1 van art. 1639e BW wordt het maximumduur-aspect bedoeld, terwijl het minimumduur-aspect in het tweede lid aan de orde komt. In de regeling van de maatschap wordt de term bepaalde tijd gebruikt in de betekenis van 'bepaald aan de hand van de officiële tijdschaal' (einde van de overeenkomst moet van het begin af aan op een bepaalde datum kunnen worden vastgesteld). Wanneer partijen bijvoorbeeld een maatschap sluiten voor een bepaalde onderneming, dan geldt deze niet als voor bepaalde tijd; desondanks wordt aangenomen dat par-

Samenvatting en conclusie

tijen hiermee een opzeggingsbevoegdheid kunnen hebben uitgesloten. Om te voorkomen dat partijen zelfs niet in geval van het bestaan van 'wettige redenen' van elkaar af zouden kunnen, heeft de HR de ontbindingsmogelijkheid van art. 1684 BW open gesteld voor elke maatschap. In de Pachtwet heeft bepaalde tijd de wel zeer speciale betekenis van 'bepaald aan de hand van de officiële tijdschaal, met dien verstande dat het vereiste aantal jaren tenminste moet bestaan uit oogstjaren' (art. 12). In art. 9 Pachtwet komt de term onbepaalde tijd voor in de betekenis van minimumduur (zie nr. 2.4) aangezien de overeenkomst op grond van deze bepaling niet kan worden opgezegd zolang deze niet is goedgekeurd.

In nr. 2.4 heb ik een nieuwe visie op de verhouding opzegging - overeenkomst verdedigd. Deze visie is gebaseerd op de gedachte dat een overeenkomst niet alleen volgens het gebruikelijke model van aanbod en acceptatie tot stand kan komen maar daarnaast ook volgens de voorstelling dat beide partijen slechts in gebondenheid toestemmen voor de tijd dat hun wil op gebondenheid gericht zal blijven. Zolang hun toestemming duurt, roept deze steeds meer verbintenissen in het leven. Wanneer aan het voortduren van de toestemming een eind komt, worden er geen verbintenissen meer tot stand gebracht. Het vertrouwensbeginsel brengt mee dat een contractspartij in een dergelijk geval er op moet kunnen vertrouwen dat zijn wederpartij blijft toestemmen zolang deze niet van het tegendeel heeft doen blijken, dat wil zeggen zolang deze niet heeft medegedeeld dat hij niet meer wil. De overeenkomst blijft derhalve bestaan tot het moment waarop die mededeling is gedaan (door de wederpartij is ontvangen). Deze mededeling beëindigt de overeenkomst voor de toekomst met instandhouding van het verleden en voldoet derhalve aan de definitie van de opzegging. Dit model van 'duurtoestemming' is slechts mogelijk (roept slechts dan rechtsgeldige overeenkomsten in het leven) indien (ten minste één van) de prestatie(s) die het onderwerp van de overeenkomst uitmaken, per tijdseenheid bepaalbaar is (zijn). Aan de hand van de lengte van de duur van de toestemming is dan te bepalen tot welke prestatie(s) men gehouden is. Is de toestemming nog niet beëindigd, dan kan eveneens en wel op elk gewenst moment de omvang van de verschuldigde prestatie(s) worden bepaald. Partijen kunnen op deze wijze een overeenkomst beginnen zonder dat zij omtrent het einde iets afspreken: dit einde wordt onbepaald gelaten. De overeenkomst in zijn geheel en daarmee de totaal verschuldigde prestatie is onbepaald doordat de totale tijdsduur onbepaald gelaten is. Omgekeerd geldt dat, wanneer men de omvang van de prestatie(s) onbepaald laat, alleen dan een rechtsgeldige overeenkomst kan worden gesloten indien deze prestatie(s) per tijdseenheid bepaalbaar is (zijn) en de overeenkomst berust op een in de tijd volgehouden toestemming, omdat alleen dan aan het vereiste van een bepaald onderwerp (art. 1356 BW) is voldaan. Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat het bij het begrip 'duurtoestemming' niet gaat om de interne, psychische gesteldheid van partijen maar om de gejuridiscerde vorm daarvan: de aan de wederpartij verklaarde wil, die geacht wordt voort te duren totdat het einde daarvan aan de wederpartij is verklaard.

Tussen de opzegging en de duurtoestemming bestaat een natuurlijke band: de opzeggingsbevoegdheid is te beschouwen als een bij de toestemming achtergehouden stukje contracteervrijheid. Dit voorbehoud kan zijn geformuleerd als een bevoegdheid maar ook zijn verpakt in de formule

Samenvatting en conclusie

'aangegaan voor onbepaalde tijd'. De contractsvrijheid brengt mede dat men in beginsel vrij is zijn toestemming te geven en ook om deze in geval van duurtoestemming voor het vervolg te beëindigen. Een overeenkomst voor onbepaalde tijd is derhalve uit haar aard opzegbaar.

Een overeenkomst welke als onderwerp geen enkele prestatie heeft, welke per tijdseenheid bepaalbaar is, kan niet op basis van een duurtoestemming in het leven worden geroepen; deze kan ook niet voor onbepaalde tijd worden aangegaan. Wanneer een prestatie wel per tijdseenheid bepaalbaar is, wil dat op zich zelf nog niet zeggen dat dan een duurtoestemming noodzakelijk is. Partijen kunnen zich in de aanvang reeds binden voor een bepaalde tijd. Opzegging is dan niet mogelijk omdat pp. zich reeds voor die gehele periode hebben gebonden. Tussenvormen kunnen voorkomen. Partijen kunnen afspreken dat de overeenkomst opzegbaar is met dien verstande dat zij niet langer zal duren dan een bepaalde periode (maximumduur) of dat de overeenkomst voor onbepaalde tijd zal duren met dien verstande dat zij gedurende een aanvankelijke, bepaalde periode niet kan worden opgezegd (minimumduur). Partijen zijn in beginsel vrij die beperkingen aan hun opzegbevoegdheid aan te brengen die zij verkiezen. In de praktijk zal het benoemen van een concrete afspraak met de term bepaalde of onbepaalde tijd een nodeleze tussenstap vormen; het gaat er om in hoeverre partijen bij een overeenkomst waarvan ten minste één van de prestatie(s) per tijdseenheid bepaalbaar is(zijn), hun opzegbevoegdheid hebben uitgesloten. Dit kan derhalve beter rechtstreeks zo worden geformuleerd.

De bevoegdheid tot opzeggen is dus niet een recht dat door de overeenkomst of het recht wordt toegekend (behalve ingeval van dwingend-rechtelijke wetsbepaling) doch een vrijheid die op grond van de autonome vrije wil is blijven bestaan voorzover daarvan bij de overeenkomst geen afstand is gedaan. Door de wet kunnen aan deze vrijheid beperkingen worden gesteld. Dit algemene opzeggingsbegrip zou in de wet kunnen worden neergelegd in de volgende bepaling (bijv. als art. 6.5.2.10a in het NBW op te nemen):

Partijen kunnen de omvang en/of het aantal van de verbintenissen, die zij op zich nemen, (mede) doen afhangen van het verloop van de tijdsduur. In dat geval kan ieder van partijen die tijdsduur voor het toekomstige eenzijdig beëindigen door de wil daartoe aan de wederpartij kenbaar te maken (opzeggen), voorzover uit de overeenkomst of uit de wet niet het tegendeel voortvloeit.

De bevoegdheid tot opzeggen houdt niet tevens in de bevoegdheid tot intrekken van die opzegging omdat dat zou neerkomen op het eenzijdig (weer) tot stand brengen van een overeenkomst.

Wanneer men aan de diverse wettelijke regelingen, die bepalingen ten aanzien van de beëindiging van een overeenkomst bevatten, wil bestuderen, dan stuit men op een inconsequent woordgebruik. Soms wordt met het woord opzegging de in nr. 2.2 omschreven rechtsfiguur (opzegging) aangeduid. Aldus bijvoorbeeld bij de huur in het algemeen. Deze rechtsfiguur wordt echter wel op tal van andere plaatsen in de wet aangegeven met een andere term, die dikwijls verwijst naar het met de opzegging beoogde rechtsgevolg. Zo bijvoorbeeld bij de reële contracten, ten aanzien waarvan de wetgever spreekt van 'terugvorderen/teruggeven' (zie nr. 3.2). Bij de regeling van de pachtovereenkomst wordt de opzegging aangeduid als de mededeling 'dat men verlenging niet wenst' (nr.

3.4). Het woord opzegging wordt ook gebruikt voor andere rechtsfiguren dan de opzegging, zoals in nr. 2.1 gedefinieerd. In art. 272 K. staat opzegging voor de afstand van recht (nr. 3.5). Omstreden is de betekenis van opzeggen in art. 1647 BW. Volgens de Hoge Raad is die betekenis hier eveneens afstand van recht. De meningen in de literatuur zijn verdeeld terwijl art. 7.12.14 NBW evenmin duidelijk is. Mijs inziens moet er van een 'echte' opzegging gesproken worden omdat door die mededeling de verplichting tot het leveren van de tegenprestatie verandert in een tot betaling van schadeloosstelling (nr. 3.6). De terminologie in de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst is in de loop van de tijd licht chaotisch geworden. Zie nr. 3.7.1. De reden hiervoor is terug te voeren tot het feit dat de wetgever in 1907 een aparte terminologie-systeem heeft geïntroduceerd: het woord opzegging werd gebruikt in de betekenis van het doen van de uitdrukkelijke mededeling terwijl voor de rechtshandeling als zodanig de term 'doen eindigen' werd ingevoerd. Bij de wijziging van het ontslagrecht in 1953 werd deze systematiek uit het oog verloren en werd - onbedoeld - een derde 'opzeggings-categorie' geïntroduceerd, te weten de 'opzegging met in acht neming van een termijn'. De literatuur is met betrekking tot de uitleg van deze terminologie sterk verdeeld. In het BBA (art. 6) wordt het woord beëindigen gebruikt, zie nr. 3.7.2. Ondanks de argumenten van Levenbach voor de stelling dat daarmee zuiver feitelijk slaken van de betrekking bedoeld is, kan volgens HR 19 november 1948, NJ 1949, 86 een redelijke uitleg tot geen andere conclusie leiden dan dat onder beëindigen de rechtshandeling (opzegging) moet worden verstaan. In de nrs. 3.8 tot en met 3.11 is het woordgebruik besproken in de regeling betreffende de lijfrente, de colportage, de lastgeving en enkele niet-contractuele verhoudingen.

In hoofdstuk 4 is de vraag behandeld wanneer aangenomen kan worden dat een bevoegdheid tot opzegging bestaat. Begonnen is met de mogelijkheid van het bestaan van de bevoegdheid tot het doen van bepaalde 'opzeggingsmodaliteiten' (soorten opzegging) (nr. 4.2). Aangestipt werden de gedeeltelijke opzegging (niet mogelijk zonder toestemming van de wederpartij), de stilzwijgende opzegging, de tussentijdse opzegging, de opzeggingsfictie en de oneigenlijke (onechte) opzegging (onderscheiden zich niet van de 'gewone' opzegging). Zowel naar geldend als naar komend recht (art. 3.2.5 NBW) pleegt men de voorwaardelijke opzegging (opzegging onder voorwaarde ten aanzien van de handeling zelf of ten aanzien van het effect) toelaatbaar te achten. Ten onrechte, door dit voorwaardelijk karakter wordt de diligentielast ten aanzien van het intreden van de voorwaarde op de wederpartij afgewenteld c.q. de doelstelling van de daarbij inachtgenomen termijn gefrustreerd, zodat deze vorm van opzeggen alleen toelaatbaar is indien en voorzover de wederpartij met het voorwaardelijk karakter instemt en/of het vervullen van de voorwaarde geheel afhangt van het gedrag van de wederpartij. Een buitengewone opzegging is een opzegging die geschiedt op grond van een bevoegdheid die bestaat naast een andere bevoegdheid tot opzeggen en die zich van deze bevoegdheid onderscheidt doordat zij ten opzichte van de andere bevoegdheid voor het minst waarschijnlijke geval is bedoeld (en opzegging op gemakkelijker voorwaarde mogelijk maakt).

In nr. 4.3 is de vraag behandeld wanneer in het algemeen een bevoegdheid tot opzegging van een overeenkomst bestaat. Zoals zojuist al aan-

Samenvatting en conclusie

gestipt bestaat volgens sommigen die bevoegdheid alleen indien deze uitdrukkelijk is overeengekomen of door de wet wordt verleend. Aldus bijvoorbeeld Suijling, Clavareau, Hijmans van den Bergh en De Gaay Fortman. Vooral onder meer recente schrijvers (Rutten, Winkel, Van Dunné, Hofmann-Van Opstall) overheerst de mening dat een overeenkomst, die voor onbepaalde tijd is aangegaan, op grond daarvan een opzeggingsbevoegdheid in het leven roept. De motivering van Winkel dat deze bevoegdheid voortvloeit uit een door de wetgever onuitgesproken gehuldigd beginsel dat de individuele vrijheid wil beschermen en daarom partijen niet eeuwig tot elkaar veroordeeld mogen worden, mist overtuigingskracht omdat dit beginsel uit de wetgeving niet af te leiden valt en bovendien niet is in te zien waarom dit, voor overeenkomsten in het algemeen zou gelden. Bij de overigen ontbreekt een motivering.

In de lagere jurisprudentie wordt het algemeen aanvaard dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen worden opgezegd. Voor het standpunt van de Hoge Raad is het arrest van 16 december 1977, NJ 1978, 156 m.n. A.R.B. van belang. Uit dit arrest valt af te leiden dat een overeenkomst opzegbaar wordt geacht indien dit uit de wet, de partij-afpraak of de goede trouw voortspruit. Uit de door mij in nr. 2.4 beschreven voorstelling van de totstandkoming van overeenkomsten voor onbepaalde tijd (duurstemming) volgt direkt de bevoegdheid van partijen die overeenkomst op te zeggen. (Zie hierboven). Aan de goede trouw als rechtsbron is derhalve - voor wat de overeenkomsten voor onbepaalde tijd betreft - geen behoefte. De goede trouw als rechtsbron voor een opzegbevoegdheid lijkt mij in strijd met de rechtszekerheid te komen. Wanneer een opzegbevoegdheid bestaat moet deze te goeder trouw worden uitgeoefend; dit raakt het bestaan van de opzegbevoegdheid als zodanig niet.

In een aantal gevallen wordt door de wet een opzegbevoegdheid toegekend zonodig tegen de partij-afpraak in. Bestudeerd zijn de wettelijke regelingen ten aanzien van contracten die uiteindelijk in Boek 7 van het NBW geregeld zullen worden, waarbij het accent op het huidige recht valt. Voor die gevallen, waarin enige gerede twijfel zou kunnen rijzen omtrent de vraag of de betrokken wettelijke regeling inderdaad op een 'echte' opzegging ziet, verwijs ik naar hoofdstuk 3 (woordgebruik).

Uitgaande van de principiële opzegbaarheid van overeenkomsten voor onbepaalde tijd, is een aantal van die regelingen als vanzelfsprekendheden te beschouwen, zoals bijvoorbeeld art. 1639g BW en art. 74j lid 1 eerste volzin K. De overige regelingen verdienen de aandacht omdat zij de contractvrijheid beperken doordat zij voorkomen dat een of beide partijen bij een bepaalde duurovereenkomst afstand doen van hun bevoegdheid tot opzeggen, althans voorkomen dat zij dat in te ver gaande mate doen (door bijvoorbeeld ook een opzeggingsbevoegdheid uit te sluiten voor het geval dat er een dringende reden voor de beëindiging bestaat). De vraag is gesteld of door een analyse van die bepalingen de achterliggende gedachten van de wetgever kunnen worden opgespoord, die een aanknopingspunt verschaffen voor de rechtsvinding in die gevallen waarin zich - in de lijn van het bovenaangehaalde arrest van de Hoge Raad - de vraag zou voordoen of de eisen van de goede trouw een opzeggingsbevoegdheid meebrengen.

Een dergelijke analyse is in hoofdstuk 4 weergegeven (nr. 4.4). De regeling in de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, die voorkomt dat

Samenvatting en conclusie

partijen langer dan voor een achtereenvolgende periode van vijf jaren gebonden zijn, blijkt geheel apart te staan. Zij is gegeven met het oog op het sociaal-economisch belang uit vrees voor marktverstarring. De overige bepalingen zien in de eerste plaats op de redelijkheid tussen partijen en kunnen bij wijze van niet geheel sluitende onderverdeling onder de volgende noemers worden gegroepeerd:

- redelijkheid in het algemeen (bijvoorbeeld: art. 1763 (bruikleen) en art. 1639v BW (arbeidsovereenkomst));
- afstand van recht (bijvoorbeeld: voor de aanneming van werk, art. 1647 BW);
- verandering van omstandigheden, zoals overlijden of faillissement van een contractspartij (bijvoorbeeld: voor de arbeidsovereenkomst art. 1639m BW, voor de agentuurovereenkomst art. 74k K., voor de huur van bedrijfsruimte art. 1632 BW alsmede art. 37 tot en met 40 F.);
- belang van een ongeschonden vertrouwenspositie (bijvoorbeeld: art. 1639o BW voor de arbeidsovereenkomst en art. 74l K voor de agentuurovereenkomst).

Algemeen geldende aanknopingspunten levert deze analyse nauwelijks op zodat langs deze weg de rechtsonzekerheid, die het standpunt van de Hoge Raad meebrengt, nagenoeg niet kan worden verminderd.

Tegenover de wettelijke bepalingen die een opzeggingsbevoegdheid toekennen tegen de partij-afsprake in, staan die welke een opzeggingsbevoegdheid ontzeggen. In nr. 4.5.1 zijn de bepalingen besproken die een opzegging het beoogde rechtsgevolg (beëindiging van de overeenkomst) onthouden. Deze bepalingen worden wel aangeduid met de term 'opzeggingsverboden' en kunnen een absoluut (gelden gedurende een zekere tijd voor alle opzeggingen) of een relatief (gelden alleen voor opzegging onder bepaalde omstandigheden) karakter dragen. Zij kunnen op verschillende wijze zijn geformuleerd, te weten als dwingendrechtelijke bepaling van een minimumduur voor een bepaalde overeenkomst of rechtstreeks als verbodsbepaling. Uitgaande van de visie dat de afspraak de overeenkomst voor een bepaalde (minimum)duur aan te gaan (hetgeen ook stilzwijgend kan geschieden op grond van de aard van de prestatie of andere bijzondere omstandigheden) een opzeggingsbevoegdheid uitsluit, zijn ook hier een aantal van die verbodsbepalingen als overbodig te beschouwen. Bijvoorbeeld art. 1686 lid 1 (maatschap), art. 1796 (verbruikleen) art. 1787 (bruikleen), art. 1615 (huur) en art. 1821 (lijfrente) BW. 'Echte' opzeggingsverboden komen daarentegen alleen voor in de regelingen betreffende de arbeidsovereenkomst, de huur van woon- en bedrijfsruimte, de pacht en in het BBA 1945.

Wat de arbeidsovereenkomst betreft beogen art. 1637i lid 5 en 1639h lid 2 BW en art. 21 lid 2 en 21 lid 3 WOR de arbeider te beschermen tegen uitholling van de hem toegekende rechten op het gebied van discriminatiebestrijding respectievelijk medezeggenschap. De overige verboden van art. 1639h BW strekken tot toekenning aan de arbeider van een aanspraak op continuering van zijn dienstbetrekking in geval hij geen arbeid kan verrichten door ziekte, zwangerschap of militaire dienst. Het verbod van art. 6 BBA stoelt (tegenwoordig) op het streven onredelijke of sociaal onrechtvaardige ontslagen te voorkomen. Art. 12 Pachtwet verschaft de pachter uitzicht op een vaste minimumduur van 12 respectievelijk 6 jaren, zodat hij gestimuleerd wordt in het bedrijf te investeren. Een minimumduur van in beginsel tien jaren wordt aan de huurder

Samenvatting en conclusie

van bedrijfsruimte met het oog op diens investering in het vooruitzicht gesteld, terwijl het opzeggingsverbod gedurende het verdere verloop alleen gebaseerd is op diens zwakke positie ten opzichte van de verhuurder (art. 1625 e.v. BW). De ratio van het verbod van opzegging van de huur van woonruimte door de verhuurder is gelegen in de schaarste aan woonruimte.

De opzeggingsverboden kenmerken zich door de volgende bijzonderheden:

- zij werken slechts als de wederpartij (degene in wiens belang het verbod gegeven is) zich niet bij de beëindiging door de opzegging wenst neer te leggen;
- er bestaan in alle gevallen bijzondere wettelijke voorzieningen om de overeenkomst aan wijzigingen van de omstandigheden die kunnen optreden, aan te passen c.q. om de overeenkomst langs andere weg te doen beëindigen;
- het samengaan van de betrokken private belangen van partijen met algemene belangen ten aanzien waarvan de overheid een zeker beleid voert (werkgelegenheid, economie, landbouw-voedselvoorziening, middenstandsbeleid, volkshuisvesting);
- de beschermde partij staat in een afhankelijkheidsrelatie tot zijn wederpartij terwijl er voor hem kardinale belangen op het spel staan.

Deze kenmerken wijzen op behoedzaamheid en terughoudendheid van de wetgever bij zijn ingrijpen in de contractsvrijheid door een opzegging onmogelijk te maken en althans een van de partijen tegen haar zin aan de wederpartij gebonden te houden.

In nr. 4.5.2 zijn de wettelijke bepalingen aan de orde geweest die een opzeggingsbevoegdheid in beginsel uitsluiten gedurende een zekere tijd nadat een overeenkomst is voortgezet na het moment waarop aanvankelijk haar einde van rechtswege was voorzien. Wanneer echter partijen in de gevolgen van die voortzetting niet hebben voorzien en zij na het bewuste tijdstip de relatie stilzwijgend door hun feitelijk gedrag voortzetten, dan ligt het het meest voor de hand aan te nemen dat partijen gedurende de looptijd van de overeenkomst hun toestemming behouden hebben, zodat de overeenkomst geacht kan worden voor onbepaalde tijd te zijn verlengd. Door de duurtoestemming treden er geen leemtes in de partij-afpraak op. Ten aanzien van de huur en de arbeidsovereenkomst heeft de wetgever ter opvulling van een in zijn ogen in een dergelijke situatie ontstane leemte regels gegeven. Volgens art. 1623 BW gaat een nieuwe huurovereenkomst lopen voor een minimumduur die door het plaatselijke gebruik wordt bepaald, terwijl de arbeidsovereenkomst geacht wordt voor dezelfde tijd (met een maximum van een jaar) wederom te zijn aangegaan. Bij de huur is die leemte overigens ontstaan door een onhandige vermenging door de wetgever van Frans en Oud-Vaderlands recht.

Wanneer vaststaat dat een bevoegdheid tot opzeggen bestaat dan rijst de vraag welke regels bij de uitoefening van die bevoegdheid in acht genomen dienen te worden. Deze vraag is in hoofdstuk 5 aan de orde geweest. Tot de belangrijkste regels in dit opzicht behoren die welke voorschrijven dat de opzegging onder een tijdsbepaling moet worden gedaan: inachtneming van een dag waartegen en/of van een opzegtermijn (nr. 5.2). De eerstgenoemde regel heeft ten doel de wederpartij in staat te stellen tot gemakkelijke afronding van de relatie te komen en/of

Samenvatting en conclusie

gemakkelijk aansluiting te vinden bij alternatieve mogelijkheden. Wettelijke bepalingen omtrent een dag waartegen opgezegd moet worden komen alleen voor bij de agentuurovereenkomst (art. 74j lid 3 K), de handelsreizigersovereenkomst (art. 75b lid 2 K) (beide verwijzend naar het eind van de kalendermaand), de arbeidsovereenkomst (art. 1639h lid 1 BW, verwijzend naar het gebruik) en de huur van woonruimte (art. 1623b leden 1 en 2 BW, verwijzend naar de voor de huurprijs geldende betaaldag). Deze wettelijke bepalingen zijn onderling te verschillend om enige grond te kunnen verschaffen voor de stelling dat op grond van het ongeschreven recht in het algemeen een bepaalde dag waartegen bij de opzegging dient te worden in acht genomen. Ook overigens bestaat voor het aannemen van deze stelling in het algemeen mijns inziens geen aanleiding.

Gedurende een opzegtermijn heeft de wederpartij de gelegenheid om te proberen zich in te stellen op de door de beëindiging in het leven te roepen situatie, terwijl de relatie in beginsel met alle lasten en ook lusten doorloopt. Aldus is een opzegtermijn het middel bij uitstek om aanpassings- en afwikkelingsschade voor de wederpartij te voorkomen, althans te beperken. Op grond van de goede trouw dient in het algemeen op zijn minst een passende opzegtermijn in acht te worden genomen. In nr. 1.4 is in algemene zin aan de orde geweest hoever de verantwoordelijkheid van de opzeggende partij voor de belangen van de wederpartij strekt. In een aantal gevallen zijn termijnen door de wet bepaald. Soms wordt daarbij onderscheid gemaakt al naar gelang de omstandigheden waaronder de opzegging wordt gedaan. Ook hier is onderzocht of uit de wettelijke regelingen, die binnen de aandachtskring van deze studie vallen, aanknopingspunten zijn te vinden voor de rechtsvinding bij toepassing van het ongeschreven recht. Deze analyse staat beschreven in nr. 5.2. Veel houvast heeft deze niet opgeleverd. Slechts met grote voorzichtigheid zou men kunnen zeggen dat de opzegtermijn bij contracten, die voor de wederpartij van groot belang zijn, in de orde van zes weken tot drie maanden zal dienen te liggen. Dit geldt slechts voor gevallen waarin door de wederpartij geen (grote) investeringen in de relatie zijn gedaan en ook overigens geen bijzondere omstandigheden (bijvoorbeeld faillissement, wanprestatie, belang van ongeschonden vertrouwen) voorkomen. Bij de regeling van de arbeidsovereenkomst en de huur van woonruimte wordt (in art. 1639i respectievelijk 1623b BW) een verband gelegd met de betalingstermijn voor het loon respectievelijk de huur. Een (steekhoudend) argument hiervoor ontbreekt.

In nr. 5.3 is de vereiste vorm van de opzeggingsmededeling aan de orde geweest. De opzegging is een wilsverklaring zodat de vraag of er in een concreet geval kan worden gesproken van een rechtsgeldige opzegging in de eerste plaats afhangt van de vaststelling of de wederpartij onder de gegeven omstandigheden had kunnen begrijpen dat de opzeggende partij de overeenkomst niet langer wenste voort te zetten. Opzichzelf is de opzegging vormvrij. Van een motiveringsplicht is in het algemeen geen sprake. De goede trouw brengt mee dat er geen onbehoorlijke reden voor de opzegging mag zijn. Een verdergaande beperking van de contractsvrijheid is in het algemeen alleen aanvaardbaar als die door de wet wordt voorgeschreven. Op indirecte wijze is dit gebeurd door de regeling van de arbeidsovereenkomst terzake het kennelijk onredelijk ontslag en door het BBA 1945 en de Pachtwet voor wat betreft de ar-

Samenvatting en conclusie

beidsverhouding in de zin van dat besluit en de pachtovereenkomst (deze laatste alleen voor wat betreft de opzegging door de verpachter). Een opzeggingsgrond zal verder alleen onder bijzondere omstandigheden vereist zijn, bijvoorbeeld als een wettelijke contracteerplicht geldt. Onder bijzondere omstandigheden kan de goede trouw meebrengen dat voor de opzegging een toereikende opzeggingsgrond bestaat.

Anders ligt dit bij de buitengewone opzegging. De wederpartij zal moeten kunnen beoordelen of terecht van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, in andere woorden, of de voorwaarden, waaronder die bevoegdheid bestaat, inderdaad voor vervuld kunnen worden gehouden. Naar analogie van art. 1639o BW en 74l K (voor de arbeidsovereenkomst en de agentuurovereenkomst) kan worden aangenomen dat die motivering niet bij de opzeggingsmededeling zelf behoort te geschieden maar 'onverwijld'.

Het vereiste dat de opzegging bij geschrift, aangetekend schrijven of deurwaardersexploit dient te geschieden, kan twee functies hebben: het bevorderen van de rechtszekerheid en het opwerpen van een drempel. Dit laatste zal, indien dit niet door de wetgever maar door partijen zelf geschiedt, alleen in het belang van de wederpartij geacht kunnen worden. Wettelijke voorschriften, neerkomend op de eis van opzegging bij deurwaardersexploit of aangetekend schrijven, komen alleen voor in art. 1623b en 1623i BW (huur van woonruimte), 1627, 1631, 1631d en 1632 BW (huur van bedrijfsruimte), 36 Pachtwet en 20 Wet CAO.

Wanneer een opzegging wordt gedaan met overtreding van een of meer rechtsregels, dan kan deze opzegging 'onrechtmatig' genoemd worden. De vraag rijst wat het rechtsgevolg van die onrechtmatigheid is: ongeldigheid van de opzegging (dus het rechtens doorlopen van de overeenkomst) of schadeplichtigheid van de opzeggende partij ten aanzien van de schade die door de onrechtmatigheid is veroorzaakt? Deze vraag is behandeld in nr. 5.4. De wetgever gaat er van uit dat het rechtsgevolg ongeldigheid van de opzegging is. Slechts in drie gevallen is dit anders; te weten bij de arbeidsovereenkomst, de agentuurovereenkomst en de aanneming van werk (art. 1639o BW, 74l K en 1647 BW). Deze bepalingen vallen samen met de toekenning van een opzeggingsbevoegdheid (zie hierboven). Bij de huur van woonruimte en van bedrijfsruimte bepaalt de wet in een aantal gevallen conversie van rechtswege (art. 1623b lid 8, 1631 en 1631d BW).

De vraag rijst hoe deze kwestie ligt bij overeenkomsten die niet in de wet zijn geregeld. In de literatuur treft men hierover geen duidelijk standpunt aan. Tijdens de parlementaire behandeling van art. 3.2.8 NBW ging men uit van de gedachte dat de onrechtmatige opzegging in beginsel nietig is. De Hoge Raad heeft zich over de vraag nog niet ten principale uitgesproken, hoewel er aanwijzingen zijn dat ook dit college op het standpunt van de nietigheid van de opzegging in dat geval staat. De lagere jurisprudentie kent de onrechtmatige opzegging in het algemeen geen rechtskracht toe. Een duidelijke argumentatie hiervoor ontbreekt.

Mijns inziens dient bij de beantwoording van de vraag naar het rechtsgevolg van de onrechtmatigheid van de opzegging een principieel onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de beginsel-bevoegdheid tot het doen van een opzegging en anderzijds de regels die bij het gebruikmaken van die bevoegdheid in acht genomen moeten worden. Indien een bevoegdheid tot opzeggen zelfs niet in beginsel bestaat (dus wanneer

Samenvatting en conclusie

deze door de partij-afsprake of door de wet is beperkt zoals in hoofdstuk 4 beschreven) dan is het rechtsgevolg van het doen van die opzegging nihil; de mededeling is een slag in de lucht, tenzij wellicht wordt voldaan aan de criteria die de Hoge Raad aanlegt voor de bestaanbaarheid van een opzeggingsbevoegdheid in het arrest van 16 december 1977, NJ 1978, 156 Algemeen Ziekenfonds DPZ. Bestaat die beginselbevoegdheid wel, (dus in de mijns inziens in beginsel bestaande opzegbevoegdheid bij een duurovereenkomst door partijen niet 'weggecontracteerd') dan dient bij de uitoefening van die bevoegdheid het geheel van regels dat daarvoor geldt in acht te worden genomen. Wanneer in strijd met die regels wordt opgezegd, dan is het uitgangspunt dat die opzegging het daarmee beoogde rechtsgevolg ontbeert (nietig is) omdat de wederpartij primair recht heeft op nakoming van de verbintenissen die voor de andere partij uit de overeenkomst voortvloeien. Onder omstandigheden is conversie van de nietige opzegging mogelijk in een andere, wel geldige. Conversie is echter alleen mogelijk ten aanzien van een opzegging welke nietig is omdat zij op te korte termijn is geschied en dient dan nog slechts met grote voorzichtigheid te worden toegepast, omdat de belangen van de wederpartij al snel in het gedrang dreigen te komen. Dit is anders wanneer de conversie slechts bij wijze van fictie geschiedt, om te berekenen wat partijen elkaar uiteindelijk nog schuldig zijn (uitgangspunt is immers dat de wederpartij in de toestand gebracht dient te worden alsof wel te goede trouw, etc. zou zijn opgezegd.)

Wanneer een formaliteitseis niet is nageleefd of een eventueel vereiste rechtvaardigheidsgrond niet aanwezig is, dan dient de vraag naar het rechtsgevolg te worden beantwoord - uiteraard eveneens uitgaande van de nietigheid van de opzegging - aan de hand van de derogerende werking van de goede trouw. Het gaat er om of de goede trouw zich tegen een beroep op de nietigheid van de opzegging door de wederpartij verzet. In de rechtspraktijk blijkt dit ook zo te gebeuren. Naast deze uitzondering van de derogerende werking van de goede trouw, welke met name zich ook zal voordoen als de wederpartij in verband met de overeenkomst en/of de opzegging daarvan laakbaar gedrag te verwijten is bestaan er ook andere uitzonderingssituaties. Belangrijk is het geval dat de voor het bestaan en/of uitvoering van de betrokken overeenkomst als wezenlijk beschouwde vertrouwensbasis is komen te ontbreken. In de wet is voor een aantal gevallen (arbeidsovereenkomst, agentuur) op deze grond de regel 'ontslag=ontslag' neergelegd, welke slechts in zeer duidelijk omschreven gevallen uitzondering lijdt. Een volgend geval waarin het genoemde uitgangspunt uitzondering moet lijden is dat waarin herstel van de relatie tot grote praktische problemen zou leiden en tot slot het geval waarin de wederpartij in de geldigheid van de opzegging berust of zich daartegen te laat te weer stelt.

Aan het uitgangspunt van nietigheid van de opzegging kleefde het nadeel van de rechtsonzekerheid. Dit nadeel is min of meer inherent aan de situatie, waarin achteraf over het bestaan van de contractuele relatie wordt geoordeeld. Zelfs gedetailleerde wettelijke regelingen hebben niet kunnen bereiken dat aan de situatie van rechtsonzekerheid ten aanzien van de opzegging van die betrokken overeenkomsten een einde is gekomen. Het ware daarom te verdedigen dat het het beste is de rechter (en in zekere zin ook partijen) de vrijheid te laten aan de omstandigheden van elk geval zoveel mogelijk 'recht te doen'. De rechtszekerheid

Samenvatting en conclusie

kan hierbij bevorderd worden door bovengenoemd uitgangspunt, en hetgeen daarbij ten aanzien van de uitzonderingen daarop is opgemerkt, als richtlijn te nemen. In acute gevallen kan aan de rechtsonzekerheid tegemoet gekomen worden door een beroep te doen op de president van de rechtbank ter verkrijging van een voorlopige voorziening in kort geding.

CONCLUSIE

Aan de huidige situatie ten aanzien van de opzegging van overeenkomsten kleeft een aantal bezwaren. Met betrekking tot een aantal overeenkomsten is de opzegging in de wet geregeld in evenzoveel aparte regelingen tussen welke onderling weinig samenhang bestaat, zowel wat betreft de inhoud als zodanig als de vormgeving, waaronder het woordgebruik. Veel regelingen zijn, ten detrimente van de rechtszekerheid, ingewikkeld en vertonen lacune's, hetgeen onder meer veroorzaakt wordt door verwarring aangaande de inhoud van het begrip 'bepaalde tijd'.

Ten aanzien van de opzegging van de overeenkomsten die niet in de wet zijn geregeld heerst nog meer rechtsonzekerheid, zowel met betrekking tot de vraag wanneer een opzeggingsbevoegdheid bestaat alsook over hetgeen het ongeschreven recht op dit stuk meebrengt.

In deze situatie kan verbetering worden gebracht door een algemene opzeggingstheorie. De bestaande wettelijke regelingen zijn echter te verscheiden en veelal te specifiek om bruikbare aanknopingspunten te verschaffen op grond waarvan algemene uitspraken kunnen worden gedaan. Ik heb daarom gezocht naar een algemeen opzeggingsbegrip in de dogmatiek en heb dit gevonden in de wijze van tot stand koming van overeenkomsten, waarvan ten minste één van de prestatie(s) per tijdseenheid bepaalbaar is (zijn) en waarvan de omvang onbepaald gelaten is. Voor deze overeenkomsten is een in de tijd volgehouden toestemming nodig, welke de overeenkomst verder tot stand laat (blijven) komen. De opzegging is de mededeling van een partij bij een dergelijke overeenkomst aan haar wederpartij dat haar toestemming tot een eind komt; hierdoor wordt de overeenkomst voor de toekomst beëindigd met instandhouding van het verleden. Elke overeenkomst, waarvan de prestatie per tijdseenheid bepaalbaar is, kan daarom ipso facto worden opgezegd, voorzover niet uit de partij-afsprake of de wet het tegendeel voortvloeit. Aldus is het mogelijk een principieel onderscheid te maken tussen het bestaan van een opzeggingsbevoegdheid als zodanig en de regels, die gelden voor de uitoefening daarvan. Een opzegging die niet op de juiste wijze is gedaan, ontbeert in beginsel het daarmee beoogde rechtsgevolg, hoewel op deze stelling uitzonderingen mogelijk zijn. Onder omstandigheden is conversie mogelijk van opzeggingen die op te korte termijn zijn gedaan. Ook kan de goede trouw zich tegen een beroep op de ongeldigheid van de opzegging verzetten.

Uitgaande van dit algemeen opzeggingsbegrip kan de wetgeving betreffende de diverse overeenkomsten worden vereenvoudigd, door onder andere weglating van overbodig geworden bepalingen en vermijding van de begrippen 'bepaalde' en 'onbepaalde' tijd. Door het woord opzegging te reserveren voor het hierboven omschreven opzeggingsbegrip kan het wettelijk woordgebruik worden geharmoniseerd. Op deze wijze kan de voor de maatschappelijke functie van de opzegging noodzakelijke rechtszekerheid worden verhoogd.

Zusammenfassung

In dieser Studie wird unter Kündigung verstanden die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die von einem bestimmten Zeitpunkt an der Vertrag für die Zukunft ausserkraftgesetzt wird. Diese Definition entspricht der herrschenden Auffassung in der Literatur. Im Gesetz und in der Rechtsprechung kommt ein allgemeiner Kündigungsbegriff nicht vor. Eine allgemeine Theorie über die Kündigung von Verträgen fehlt ebenfalls, was wahrscheinlich mit dazu geführt hat, dass die gesetzlichen Regelungen über die Beendigung bestimmter Verträge unnötig kompliziert und untereinander verschieden sind. Dies kommt auch im Wortgebrauch jener Regelungen zum Ausdruck, insbesondere hinsichtlich des Kündigungsbegriffes. Darüberhinaus wird das Wort Kündigung gebraucht zur Andeutung anderer Rechtsbegriffe, wie Widerruf oder einer schlichten Mitteilung, dass auf ein Recht verzichtet wird. In dieser Studie ist der Versuch unternommen worden, einige Denkanstösse zur Entwicklung einer allgemeinen Kündigungstheorie zu geben.

Unklarheit besteht über die Antwort auf die Frage ob, und wenn ja, wann ein Vertrag, insbesondere wenn dieser auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden ist, gekündigt werden kann, falls weder durch eine gesetzliche Bestimmung noch im Vertrag selbst eine Kündigungsberechtigung vorgesehen ist. Einige Autoren haben auf den Artikel 1374 B.W. hingewiesen, nach dem Verträge Parteien binden und nur im gegenseitigen Einvernehmen oder aber aus einem, vom Gesetz als ausreichend anerkannten Grund aufgekündigt werden können. Die Rechtsprechung - mit Ausnahme der des Hoge Raad - beantwortet die gestellte Frage im allgemeinen bejahend. Die Meinungen in der Literatur sind unterschiedlich, obgleich behauptet werden kann, dass insbesondere die Autoren jüngerer Datums zu einer positiven Antwort neigen. Dem Standpunkt der Kündbarkeit fehlt jedoch eine überzeugende Begründung. Der Standpunkt des Hoge Raad lässt sich wahrscheinlich am besten folgendermassen umschreiben: ein Vertrag ist kündbar, wenn sich diese Möglichkeit aus dem Gesetz, der (wohl oder nicht stillschweigenden) Parteivereinbarung oder unter Umständen aus Treu und Glauben ergibt, wobei es wenig ausmacht ob der Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Dauer abgeschlossen worden ist.

Als Grundlage für eine allgemeine Kündigungstheorie habe ich eine neue Auffassung über das Verhältnis Kündigung-Vertrag verteidigt. Diese Auffassung gründet sich auf den Gedanken, dass ein Vertrag, bei dem sich eine oder mehrere der betreffenden Leistungen zeitbestimmt bemessen lässt (lassen), nicht nur nach dem herkömmlichen Modell von Angebot und Annahme zustandekommen kann, sondern ausserdem auch nach der Vorstellung, dass beide Parteien nur der Gebundenheit zustimmen

Zusammenfassung

für die Zeit, in der sich ihr Wille weiter auf diese Gebundenheit richten wird. Durch eine in der Zeit aufrecht erhaltene Willensübereinstimmung ist auf diese Weise der Vertrag dabei fortwährend zustandezukommen, solange die Willensübereinstimmung anhält, das heist (solches auf Grund der Vertrauensatheorie) solange das Einstellen jener Zustimmung durch eine der Parteien nicht der anderen Partei mitgeteilt worden ist. In dieser Mitteilung liegt nämlich die Kündigung; die Gebundenheit der Parteien an die zurückliegende Vertragsdauer existiert weiter. Im Augenblick des Vertragsabschlusses ist dessen Ende noch nicht feststellbar: der Vertrag ist 'auf unbestimmte Zeit' abgeschlossen worden, haben doch Parteien den Zeitpunkt der Vertragsauflösung unbestimmt gelassen (wenngleich dem nicht entgegensteht, dass sie sich auf einen Zeitpunkt geeinigt haben können, an dem sich der Vertrag spätestens auflösen wird; Höchstdauer). Ein auf diese Weise abgeschlossener und 'im Stand' erhaltener Vertrag kann auf Grund seiner Rechtsnatur durch Kündigung aufgelöst werden, weil die Vertragsfreiheit (mit) beinhaltet, dass einem (in Prinzip) freisteht nicht (weiter) zu kontrahieren.

Kann sich keine der betreffenden Leistungen zeitbestimmt bemessen lassen, so kann der besagte Vertrag nicht durch Kündigung aufgelöst werden, weil sich Parteien beim Vertragsabschluss notwendigerweise zu der Gesamtheit der Leistungen gebunden haben. Entsprechendes gilt für den Fall, dass sich Parteien bei einem Vertrag der erstgenannten Kategorie auf eine bestimmte Dauer, jedenfalls auf eine Mindestzeit, festgelegt haben; das Andauern der Willensübereinstimmung ist in dem Fall rechtlich unerheblich. Anhand der oben ausgeführten neuen Auffassung über das Verhältnis zwischen Kündigung und Vertrag ist eine Reihe von gesetzlichen Regelungen über Verträge studiert worden, welche seinerzeit in Buch 7 des neuen bürgerlichen Gesetzbuches (N.B.W.) aufgenommen werden sollen. In einigen dieser Regelungen wird einer Partei oder beide Parteien eine Kündigungsberechtigung, wenn nötig entgegen der Parteivereinbarung zuerkannt. Einige dieser Rechtsvorschriften sind in meiner Auffassung als überflüssig anzusehen. Entsprechendes gilt für einige Vorschriften, die eine Kündigungsberechtigung gerade aberkennen. Zwischen den Vorschriften, die eine Kündigungsberechtigung zuerkennen, gibt es wenig Zusammenhang und es lassen sich keine Anhaltspunkte finden, die einen Leitfaden bilden könnten zur Konkretisierung des nach Auffassung des Hoge Raad bei der Kündbarkeit von Verträgen eine wichtige Rolle spielenden ungeschriebenen Rechts.

Die Vorschriften, die eine Kündigung verbieten, weisen ebenfalls wenig Zusammenhang auf, kennzeichnen sich aber alle durch die folgenden Besonderheiten: sie wirken nur dann, wenn die andere Partei nicht bereit ist, die Kündigung hinzunehmen; es gibt gesetzliche Sonderregelungen zur Anpassung eines Vertrages an veränderte Verhältnisse oder zur dessen Beendigung anders als durch Kündigung; die Verflechtung der betreffenden privaten Interessen der Vertragsparteien mit allgemeinen Interessen, die Gegenstand der Politik (zum Beispiel der Beschäftigungspolitik und der Wohnungsbaupolitik) sind, und schliesslich der geschützte Vertragsgegner steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der Partei an die sich das Kündigungsverbot richtet, während für die erstgenannte Partei kardinale Interessen auf dem Spiel stehen. Diese Merkmale zeigen, dass der Gesetzgeber gewissermassen behutsam und zurückhaltend vorgeht beim Einschreiten in die Vertragsfreiheit, indem er eine Kündigung

Zusammenfassung

verbietet und wenigstens eine der Vertragsparteien gegen ihren Willen am weiteren Zustandekommen eines Vertrages gebunden hält.

Wenn ein Vertrag durch Kündigung aufgelöst werden kann, stellt sich die Frage, welche Verhaltensregeln bei der Ausübung der Kündigungsberechtigung zu beachten sind, insbesondere dann, wenn im Vertrag selbst oder im Gesetz keine Regeln vorgesehen sind. Es gilt in der heutigen Zeit als selbstverständlich, dass unzulässig ist eine Kündigung die gegen Treu und Glauben verstösst. Die wichtigste Regel ist die, welche eine Kündigungsfrist vorschreibt. Am wichtigsten deswegen, weil Einhaltung einer Kündigungsfrist ein grundsätzlich wenig kostendes Mittel darstellt zur Verhinderung von Schaden, der verursacht wird durch die Notwendigkeit sich am Ende der Vertragsdauer anzupassen. Aus einer Analyse der besagten gesetzlichen Vorschriften kann mit Vorsicht gefolgert werden, dass sich die Kündigungsfrist bei der Kündigung von Verträgen, die für den Vertragsgegner von grossem Interesse sind, im allgemeinen über ungefähr sechs Wochen bis zu drei Monaten erstrecken sollte.

In der Regelung des Arbeitsvertrages und des Mietvertrages sind Kündigungsfrist und Lohnzahlungsfrist beziehungsweise die Frist zur Zahlung der Miete miteinander in Zusammenhang gebracht worden. Ein überzeugendes Argument dafür fehlt jedoch. Wenn auf Verlangen einer Partei besondere Investitionen durch den Vertragsgegner getätigt worden sind, hat letztere Partei grundsätzlich Anspruch auf eine solche Laufzeit des Vertrages, dass sie die Investitionskosten zurückverdienen kann, soweit diese nicht durch die kündigende Partei gezahlt werden.

Im allgemeinen besteht bei einer Kündigung kein Begründungszwang, ausgenommen im Falle einer ausserordentlichen Kündigung (Kündigung unter leichteren Bedingungen als die, welche gewöhnlich für den betreffenden Vertrag gelten) oder unter besonderen Umständen, wie zum Beispiel beim Vorliegen einer gesetzlichen Vertragspflicht (zB Electricitätswet). Ein nicht ordnungsmässiger Kündigungsgrund verstösst gegen Treu und Glauben; die gekündigte Partei hat diese Tatsache zu behaupten und - wenn nötig - zu beweisen.

Es stellt sich die Frage, welche die Konsequenz einer Verletzung einer oder mehrerer dieser Verhaltensregeln ist, insbesondere wenn diese Folge weder im Gesetz, noch in der Parteivereinbarung noch in beiden geregelt ist: Schadensersatzpflicht oder Nichtigkeit der Kündigung (also das weitere unberührtsein des Vertrages). Aus der Gesetzgebung über besagte Verträge geht hervor, dass die Folge jedesmal Nichtigkeit der Kündigung ist (bei der aber kein Unterschied gemacht wird zwischen dem Bestehen einer grundsätzlichen Kündigungsberechtigung und einer Verhaltensvorschrift), was aber nicht zutrifft für die Regelungen, in denen zugleich eine Zuerkennung der Kündigungsberechtigung vorliegt. In der Rechtsprechung ist im allgemeinen ebenfalls die unerlaubte Kündigung rechtswirksam; der oben erwähnte Unterschied wird hier oft ebensowenig gemacht. Meiner Meinung nach sollte dieser Unterschied jedoch gemacht werden. Besteht eine grundsätzliche Kündigungsberechtigung und verstösst eine Kündigung gegen die gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen und/oder gegen Treu und Glauben (und ist die Rechtsfolge nicht expressis verbis geregelt), so soll die Nichtigkeit der Kündigung zum Ausgangspunkt genommen werden, weil eine Vertragspartei primär Anspruch auf Leistung durch die andere Partei hat. Angesichts der Tatsache, dass die andere Partei, an und für sich mit ein Kündigung hätte rechnen müssen,

Zusammenfassung

bringen Treu und Glauben schon bald mit sich, dass ihr nicht freisteht, sich auf die Nichtigkeit zu berufen. In diesem Zusammenhang kann insbesondere an folgende Fälle gedacht werden;

- fahrlässiges Verhalten der anderen Partei;
- das Fehlen einer für die Erfüllung des Vertrages für notwendig gehaltenen Vertrauensbasis;
- die Wiederherstellung des tatsächlichen Verhältnisse stösst auf grosse praktische Probleme; und
- die andere Partei hat sich in die Gültigkeit der Kündigung gefügt oder hat sich zu spät dagegen gewehrt.

Wenn dem Interesse der anderen Vertragspartei nicht widersprochen wird, kann im einzelnen Fall Umdeutung der unwirksamen Kündigung in ein anderes gültiges Rechtsgeschäft (wie zum Beispiel eine rechtmässig erfolgte Kündigung) für angemessen gehalten werden. Dies ist nur dann möglich, wenn bei einer Kündigung eine zu kurze Kündigungsfrist beachtet worden ist und auch dann noch mit grosser Vorsicht, weil eine solche Umdeutung alsbald der anderen Partei schadet (ist doch Zweck dieser Frist der anderen Partei die Gelegenheit zu bieten, sich der Beendigung anzupassen; diese Gelegenheit muss aber durch nachträgliche Umdeutung als verloren betrachtet werden).

Am Ausgangspunkt der Nichtigkeit haftet der Einwand der Rechtsunsicherheit, weil meistens erst geraume Zeit später endgültig über die Gültigkeit der Rechtsgeschäfts entschieden wird. Die Rechtspraxis lehrt, dass auch detaillierte gesetzliche Regelungen keine entschiedene Lösung gewährleisten. Das Befolgen meiner Auffassung, wie oben ausgeführt, fordert die Rechtssicherheit, weil für Verträge auf unbestimmte Zeit, in denen eine Regelung der Kündigung fehlt, die Prüfung am ungeschriebenen Recht sich 'nur' auf die für eine Kündigungsberechtigung geltenden Erfüllungsvorschriften erstreckt, während in der Auffassung des Hoge Raad neben den Erfüllungsvorschriften das Vertragsverhältnis insgesamt am ungeschriebenen Recht geprüft wird. Darüberhinaus kann meine Auffassung zu Vereinfachung der gesetzlichen Regelungen führen und eine bessere Erklärung der Geschäftsgrundlage in bezug auf die vereinbarte Kündigungsberechtigung fordern.

Noten bij hoofdstuk I

1. Vgl. de opmerking in Asser-5-III, blz. 71: de schaarste aan jurisprudentie over het einde van de opdracht kan wel eens haar oorzaak vinden in de terzake bestaande - te grote - rechtsonzekerheid!
2. 9e druk 1976, blz. 355.
3. De vraag rijst wellicht of in deze studie enige aandacht voor het mededingingsrecht wel mag ontbreken. Het mededingingsrecht, bij ons gebaseerd op de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag en de Wet Economische Mededinging (Wet van 28 juni 1956, Stb. 1958, 413) heeft tot doel de bevordering van een optimale werking van de markt. Ten aanzien van degenen die op de markt (of een segment daarvan) een machtspositie inneemt zijn specifieke bepalingen opgenomen welke ondermeer voorzien in het geval dat de betrokkene weigert produkten te leveren en/of diensten te verlenen aan een bepaalde (potentiele) afnemer. (Art. 24 lid 1 WEM resp. art. 86 tweede volzin, sub a en b EEG.)

De WEM verschaft 'Onze Ministers' de bevoegdheid in het genoemde geval onder meer aan door hen aan te wijzen naar hun oordeel bij die machtspositie betrokken natuurlijke of rechtspersonen de verplichting op te leggen tot levering van bepaalde goederen of verlening van bepaalde diensten aan door hen aan te wijzen personen tegen gereed geld en, voor zover daaromtrent geen bijzondere regels zijn gegeven, tegen de op de betrokken markt tegen gereed geld gebruikelijke prijs en overige voorwaarden. (art. 24 lid 1 onder b). Door de oplegging van deze 'leveringsplicht' wordt een publiekrechtelijk gedragsvoorschrift (vgl. art. 41 WEM dat overtreding van dit voorschrift als een strafbaar feit kwalificeert) aan de betrokkene gegeven, ten gevolge waarvan tussen de betrokkene en degene aan wie geleverd moet worden weliswaar een feitelijke, doch niet een rechtsrelatie wordt geschapen. Dat die relatie geen rechtsrelatie is volgt al uit de omstandigheid dat de afnemer in het gedragsvoorschrift alleen is opgenomen als een onderdeel van het 'Tatbestand'; hem wordt geen afnameplicht opgelegd en een bevoegdheid tot het vorderen van nakoming vloeit slechts voort uit de speciaal hiertoe opgenomen bepaling van art. 26 WEM, hetgeen er duidelijk op wijst dat die bevoegdheid uit het opleggen van de leveringsplicht zelf niet volgt. Bovendien is de inhoud van een eventueel reeds tussen leverancier en afnemer bestaand hebbende (of zelfs nog bestaande!) rechtsverhouding niet van belang voor de inhoud van de leveringsplicht. (Dit neemt niet weg dat de Ministers - al of niet gemakshalve - de leveringsvoorwaarden kunnen voorschrijven met verwijzing naar de voorwaarden welke voor de bepaalde datum krachtens een toendertijd bestaand contract tussen leverancier en afnemer golden. Zie de Beschikking inzake Sitos - De Gruyter, Stcrt. 6 maart 1968, 44). De leveringsplicht blijft bestaan totdat die door het bevoegde gezag wordt opgeheven (Vgl. R.C. van Houten, noot bij het KB 5 juni 1974, nr. 76, betreffende de verplichte benzinelevering Shell aan de Aardolie Belangen Gemeenschap, SEW, 1975, blz. 579/580).

Weigering tot levering van een bepaalde produkt kan onder omstandigheden inhouden het misbruik maken op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel

daarvan (Vgl. Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen in de gevoegde zaken 6 en 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen de Commissie, (Zoja-zaak), 6 maart 1974, SCW 1974, blz. 530 e.v. m.n. Mok) hetgeen bij art. 86 EEG verboden is. Ook hier kan aan de betrokken houder van de machtspositie (door de Commissie) een leveringsplicht worden opgelegd (Vgl. H.v.J. in de Zoja-zaak). In de Zoja-zaak moest de leverancier tevens (naast de leveringsplicht zelf en het betalen van een boete) binnen twee maanden aan de Commissie voorstellen ter goedkeuring voorleggen voor de verdere bevoorrading van Zoja. Deze voorstellen behoeven niet noodzakelijk in te houden het aanbod aan Zoja (tegen aantrekkelijke of gebruikelijke voorwaarden) een leveringscontract te sluiten. Ook hier volgt uit de beschikking van de Commissie een gedragsvoorschrift jegens het bevoegde gezag en ontstaat tussen leverancier en afnemer hooguit een feitelijke relatie.

Conclusie is dat het mededingingsrecht als zodanig geen regeling van de opzegging van enige overeenkomst bevat. Het bevat slechts de toekenning van de bevoegdheid aan bepaalde autoriteiten buiten de rechterlijke macht om op een schadelijke en daarom ongewenste opzegging te reageren met het opleggen van een verplichting die het effect van die opzegging (grotendeels) kan neutraliseren. Voor de bestudering van de rechtshandeling opzegging is het mededingingsrecht nauwelijks van belang.

4. E.M. Meijers, *Préadvies* NJV 1918, blz. 141.
5. Vgl. art. 1 lid 2 Algemene Bijstandswet (Stb. 1963, 284), inhoudende onder meer dat de bijstand wordt afgestemd op het getoonde besef van verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan. Hieraan wordt toegevoegd dat de bijstand er op is gericht de person zo mogelijk in staat te stellen zelfstandig in zijn bestaan te voorzien.
6. Aldus bijvoorbeeld: Art. 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (Stb. F 214); art. 11 en 16 Wet op het leerlingwezen (Stb. 1966, 215); art. 20 en 51 Wet op het Levensverzekeringsbedrijf (Stb. 1922, 716). Een opzeggingsgebod is te lezen in art. 3 lid 5 Wet Assurantiebemiddeling.
7. Mede gezien het alternatief van schadevergoeding. Hofmann-Abas, blz. 307.
8. In geval van tekortkoming door overmacht heeft de wederpartij het recht de overeenkomst te ontbinden, zodra art. 6:5.4.6 geldend recht geworden zal zijn.
9. G.E. Langemeier signaleert een algemene tendens die met dit soort handhavingsaspecten rekening houdt. (De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Zwolle 1976, blz. 97.)
10. G.J. van Brakel. WPNR 2525-2527 (1918).
11. Asser-Rutten II, blz. 251.
12. *Préadvies* 1952, blz. 134 met verwijzing naar S. van Brakel.
13. Noten onder HR 16 november 1949, NJ 1950, 73 en HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394.
14. *Suijing*, blz. 431 (nr. 264).
15. *Préadvies* 1952, blz. 201.
16. Zie hieromtrent N. Okma, *Misbruik van recht*, diss. Amsterdam (VU) Wageningen 1945, blz. 105 e.v. en W.B. Helmich, *De theorie van het rechtsmisbruik in het Romeinse, Fransche en Nederlandse Recht*, diss. Nijmegen, 1945, blz. 187 e.v.
17. Vgl. HR 7 juni 1957, NJ 1957, 512.
18. Zie het door Van Dunné, diss. blz. 50 e.v., gegeven overzicht, waarbij het door hem genoemde (blz. 51) arrest Hof Arnhem, 4 januari 1949, NJ 1949, 581 (G.F.M.) niet dient mee te tellen. In dit arrest werd opzegging niet in strijd met de goede trouw geacht omdat de overeenkomst nu eenmaal voor onbepaalde tijd was aangegaan en daarom had de opgezegde partij met een opzegging rekening moeten houden. Hier

Noten

werd dus niet de opzegging getoetst, maar de opzeggingsbevoegdheid en die werd niet in strijd met de goede trouw geacht omdat deze was afgesproken.

19. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67; HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183.
20. HR 9 januari 1941, NJ 1941, 528 (aandeelhouders in dezelfde vennootschap); HR 20 december 1946, NJ 1947, 59 (deelgenoten in een gebonden mede-eigendom); HR 9 mei 1952, NJ 1953, 563 (deelgenoten in een huwelijksgemeenschap); HR 9 mei 1980, NJ 1981, 283 (boedelscheiding). Zie ook art. 6.5.3.1 NBW.
21. Vgl. HR 1 februari 1946, NJ 1946, 106; HR 27 juni 1947, NJ 1947, 442, Arbeid 1948, 71 m.n. Levenbach.

Noten bij hoofdstuk 2

1. Voor het algemeen spraakgebruik: Van Dale, Grootwoordenboek der Nederlandse Taal, 10e druk, 1976: opzeggen is mededelen dat men de genoemde verbintenis, enz. wil doen ophouden of van een recht of dienst geen gebruik meer wil maken; Koenen-Endepols, Verklarend handwoordenboek der Nederlandse Taal, 26e druk, Groningen: opzeggen is afzeggen, verklaren dat men niet langer zich aan iets houdt.
2. In HR 25 april 1946, NJ 1946, 373 wordt overwogen dat onder opzegging, zowel naar Nederland taaleigen als naar de terminologie gebezigd bij de regeling van de arbeids-overeenkomst in het Burgerlijk Wetboek, te verstaan is het doen eindigen van de dienstbetrekking door een eenzijdige partij-handeling. Dat dit niet als juiste definitie kan worden aanvaard zal bij de behandeling van het woordgebruik in

nr 3.7.1 aan de orde komen. Zie verder noot 14.

3. Kingma-Boltjes, blz. 361 e.v.; blz. 388/389.
 4. In dezelfde zin Meijers, Preadvies 1918, blz. 143: opzegging is de rechtshandeling van de schuldenaar, bestaande uit de verklaring dat hij de overeenkomst wil beëindigen. (Deze tekst is door mij tot een definitie omgewerkt; door Meijers was hij precies omgekeerd geformuleerd, zodat het niet geheel zeker is dat hij met deze omschrijving een algemene definitie heeft willen geven).
 5. Suijling, nr. 263 jo. nr. 261.
 6. Clavareau, blz. 119 e.v.
 7. Hijmans van den Bergh, Preadvies 1952, blz. 122-123.
 8. Hofmann-Abas, blz. 247.
 9. Hofmann-Abas, blz. 245/246; Hofmann-Van Opstail 1959, blz. 418.
 10. Asser-Rutten-II, blz. 243.
 11. Blz. 243.
 12. Andere omschrijvingen vindt men nog bij Van Dunne, diss. blz. 46: 'Opzegging is de handeling van een partij bij een overeenkomst van onbepaalde duur, gericht tot haar wederpartij, welke ingevolge de geldende rechtsnormen - gezien de wijze waarop zij verricht werd en de omstandigheden waaronder dit gebeurde - de beëindiging van de overeenkomst teweegbrengt'. Door het inductieve karakter van deze omschrijving levert die voor ons onderzoek niet veel op.
- Koster (Non sine causa, Liber Amicorum prof. mr. G.J. Scholten, Zwolle 1979, bijdrage: Poging tot een nadere analyse van enkele zogenaamd eenzijdige rechtshandelingen, blz. 205-213) typeert de opzegging als een 'te kennen geven dat men gebruik maakt van de bevoegdheid om een duurzame rechtsverhouding te beëindigen'. (blz. 208).

In nr. 630 van Contractenrecht (Deventer, losbladig) wordt onder opzegging klaarblijkelijk verstaan de handeling die de overeenkomst met instandhouding van het reeds afgewikkelde deel van die overeenkomst, eenzijdig voor beëindigd verklaart.

Noten

Wat met het 'reeds afgewikkelde deel' wordt bedoeld is niet duidelijk. Vgl. ook Van Dunné, diss. blz 40, die in een voorlopige omschrijving de opzegging slechts mogelijk acht wanneer de uitvoering eenmaal een aanvang heeft genomen. Wellicht zijn deze beide passages beïnvloed door de weergave van de Duitse doctrine door Hijmans van den Bergh, Preadvies 1952 (blz. 123). T.a.p. wordt echter alleen gesproken van 'eenzijdige beëindiging van de rechtsbetrekking, voor zover nog niet ten uitvoer gelegd, ex nunc'. Van een eis dat er reeds een afgewikkeld of uitgevoerd gedeelte moet bestaan, is geen sprake. Zie ook Clavareau, blz. 120/121.

13. Over de eenzijdigheid van de rechtshandeling bestaat geen verschil van opvatting. Zo ook M.v.A. Boek 3 NBW, blz. 41.
Een uitzondering vormt Koster, t.a.p.
14. De HR heeft voor zover mij bekend nooit een algemene definitie van de opzegging gegeven. Toch zijn er aanwijzingen dat eenzelfde opzeggingsbegrip wordt aangehouden in een aantal belangrijke arresten: HR 17 maart 1927, NJ 1927, blz. 1025 (eenzijdig karakter, beëindiging voor de toekomst, beëindiging van de overeenkomst); HR 9 maart 1934, NJ 1935, 32 (in de opzegging kan onder omstandigheden een bekrachtiging worden gezien van een vernietigbare overeenkomst; m.a.w. opzegging houdt in het in stand laten (en houden) van het verleden deel). Zie ook HR 13 februari 1976, NJ 1976, 343, HR 15 april 1966, NJ 1966, 302 (Sanders-Sanders). In HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 (Algemeen Ziekenfonds D.P.Z.) wordt opzegging gebruikt als synoniem voor eenzijdige beëindiging, waarbij het in kwestie vaststaat dat dit slechts zin heeft voor de toekomst.
15. Clavareau, blz. 120; Hofmann-Abas, blz. 245.
16. Asser-Rutten II, blz. 242.
17. Merkwaardigerwijs overweegt de HR dat voor dat wederzijdsgeodvinden geen andere vereisten gelden dan voor het tot standkomen van overeenkomsten in het algemeen (HR 23 december 1955, NJ 1956, 183) In dezelfde lijn: HR 17 januari 1969, NJ 1969, 251, SMA 1969, 286.
M.i. dient deze problematiek opgelost te worden aan de hand van de leerstukken betreffende afstand van recht.
18. Diephuis, X, blz. 439.
19. Ook in de moderne handboeken wordt de opzegging in het kader van de besprekingen van art. 1374 lid 2, geplaatst. Hofmann-Abas, blz. 245, Asser-Rutten II, blz. 242; Pitlo-Bolweg, blz. 248.
20. Bijv. HR 26 juni 1914, NJ 1914, 1028; W. 9713 (Paul Kruger).
21. H.K. Koster, Non sine causa-bijdrage, blz. 205 e.v.
22. Koster, a.w, blz. 209.
23. Zie het overzicht in het losbladige Contractenrecht, nr. 634-636, en hieronder de hoofdstukken 4 en 5.
24. Nieuwenhuis, a.w. blz. 63 e.v.
25. Van Dunné, diss. blz. 136, Meijers citerend uit diens noot onder HR 21 december 1933, NJ 1934, 368.
26. G.H.A. Schut, Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis, Studiepockets privaatrecht nr. 15, Zwolle 1977, blz. 33.
27. Hofmann-Abas, blz. 107.
28. Bijv. het genot van een zaak gedurende zekere tijd, het verrichten van arbeid, het recht van afname gedurende zekere tijd.
29. Hieraan ontleent de opzegging zijn karakter van gerichte rechtshandeling.
30. Zie verder art. 3.2.4 NBW (uitwerking ontvangsttheorie).
31. In voorkomend geval geldt hier natuurlijk de corrigerende werking van het vertrouwensbeginsel (art. 3.2.3 NBW). Ik zal dit niet steeds apart vermelden.
32. Terzijde zij opgemerkt dat dit schema ook opgaat bij overeenkomsten die een

Noten

- bevoegdheid kennen om de overeenkomst eenzijdig voor het geheel ex nunc of ex tunc te ontbinden/beeindigen/herroepen tijdens de herroepingstermijn (annulerings- termijn, bedenkttermijn, afkoelingsperiode, etc.). Voortduren van de toestemming is hier eveneens relevant. Omslag in die toestemming heeft - mits tot uiting gebracht aan de wederpartij - ontbinding tot gevolg. Omdat van een reële gebondenheid op deze wijze niet veel overblijft zal in de praktijk die bevoegdheid aan een zekere termijn (annuleringsstermijn, etc.) of aan bepaalde voorwaarden worden gebonden.
33. M. Kaser/F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1967, blz. 218/219.
 34. Dit kan door uitdrukkelijke verklaring, alsook stilzwijgend door het instellen van de actio pro socio (vordering gericht op afrekening) Kaser/Wubbe, a.w. blz. 219.
 35. 'Wanneer geen tijd is uitgedrukt (bij huur) dan moeten we aannemen dat het de partijbedeling is dat de huur zal voortduren zolang zij het over dat voortduren met elkander eens zijn en zal ophouden zodra een der partijen haar wenst te zien eindigen. Die wens moet aan de andere partij kenbaar gemaakt worden m.a.w. er moet worden opgezegd: Opzomer, 8' deel, blz. 337. Zie ook Asser-Rutten II blz. 243.
 36. Onderstreping van mij, JS
 37. N.B. Ontslagrecht, blz. 1 en 104/105. Het betreft een overweging die reeds in 1937 in meer rudimentaire vorm is gepubliceerd in RBA XXIII, blz. 18.
 38. Het probleem dat bestaat uit de vraag of een collectieve arbeidsovereenkomst na zijn einde nog nawerkt kan m.i. ook worden opgelost door de aanneming van (stilzwijgende) aanpassing van de individuele contractsinhoud indien niet door een van partijen tegen de werking van de cao is geprotesteerd.
 39. Hofmann-Van Opstall, blz. 19/21.
 40. Prêadvies 1952.
 41. Hofmann-Van Opstall, blz. 407 e.v., met name 409.
 42. Idem, blz. 409.
 43. Vgl. H.A. Bongers, *Algemene wettelijke aansprakelijkheidsverzekering*, Amsterdam 1954, blz. 61.
 44. Vgl. art. 1289 BW, Hofmann-Van Opstall, blz. 363 e.v.
 45. Er zijn zaken van zodanige aard dat de levering daarvan onder bepaalde omstandigheden in de tijd kan worden betrokken. Men denke aan de levering per ontleiding of kabel van gas, water, electriciteit, etc. Zie over de bijzondere plaats die dit soort zaken in het recht innemen: R. Savatier, *Les fluides en droit contemporain*, Dorhout Meesbundel 1974, blz. 1 e.v.
 46. Vgl. J.F.H. Bosch, *Het karakter van het spaarcontract en het spaarbankboekje*, diss. Leiden, 's-Gravenhage 1941, blz. 15 (spaarcontract is een reeks van verbruikleningen).
 47. Rekening-courant verhouding. Het betreft een overeenkomst van lastgeving waarbij dikwijls een aantal accessoire verplichtingen komen. Louise G. van den Berge, *Het girale betalingsverkeer*, Studiepockets privaatrecht nr. 12, Zwolle 1976, blz. 3.
 48. Zie Stigter/Ploeg, blz. 166.
 49. Het betreft hier een overeenkomst welke voorziet in dekking van alle gelijksoortige risico's in een bepaalde periode, met de verplichting voor de verzekerde deze aan te melden. Bij het sluiten ervan worden voor de gehele periode de voorwaarden vastgelegd (Dorhout Mees *Nederlands Handels- en Faillissementsrecht* 1976, III, blz. 69). In de praktijk komen diverse varianten voor.
 50. Vgl. HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264 (Hoogenboom)
 51. Asser-Rutten I, blz. 125.
Pitlo-Bolweg, blz. 126.
 52. Hofmann-Van Opstall, blz. 408.
 53. Dit is niet mogelijk als de tijdsbepaling 'eeuwig' is. Dit is echter maar een toevaligheid uit theoretisch gezichtspunt. Het eindpunt is wel aangegeven maar het wordt in feite niet bereikt omdat het niet aanbreekt. Het bijzondere is dat het feit dat dit

- moment niet zal aanbreken van te voren bekend is. Deze bijzonderheid maakt de overeenkomst daarom nog niet voor onbepaalde tijd; de tijdsduur is immers zeer exact bepaald. Hijmans van den Bergh, Preadvies 1952 blz. 129, gaat blijkbaar van het tegengestelde standpunt uit, zonder motivering.
54. Art. 1683 BW spreekt van 'verloop van den tijd voor welken dezelve is aangegaan'; art. 1684: voor een bepaalde tijd aangegaan; art. 1686: voor geen bepaalde tijd aangegaan.
 55. Asser-Kamphuisen, blz. 526; Asser-Maeijer, blz. 222. Anders Opzoomer, IX, blz. 132 e.v., die ook een maatschap voor het leven of voor een bepaald werk als aangegaan voor bepaalde tijd beschouwt.
 56. Toelichting blz. 1102, zonder motivering.
 57. Vgl. Asser-Kamphuisen, blz. 526 en 529.
 58. F.C. Deking Dura, Het eindigen van de maatschap door den wil van één of meerdere vennoten en hare ontbinding volgens art. 1684 BW, diss. Leiden, 1908.
 59. In deze zin Diephuis XII, blz. 226/227 en Opzoomer, X, blz. 207.
 60. HR 10 juni 1927, NJ 1927, 1049.
 61. Hof 's-Hertogenbosch, 20 mei 1947, NJ 1947, 712.
 62. Vgl. Asser-Abas-Van Andel, blz. 251/252.
 63. Met deze datum wordt bedoeld het tijdstip waarop de pachter het gepachte moet ontruimen, aldus Houwing, nr. 300. Ik zou, aangezien de ontruimingsplicht hoogstens een gevolg is van het einde van de overeenkomst, liever spreken van: het tijdstip waarop de afgesproken tijdsduur verstrijkt.
 64. C.G. 11 november 1957, P. 1958, 1979; Houwing, nr. 300; Asser-Abas-Van Andel blz. 253.
 65. Partijen kunnen dat wel geldig overeenkomen, maar de wet eist dat niet. Vgl. C.G. 18 mei 1953, P. 1953, 1521; Pk. Hof Arnhem, 13 december 1976, p. 1977, 3350.
 66. Zie Houwing, nr. 294; Asser-Abas-Van Andel, blz. 252.
 67. Pk. Hof Arnhem, 31 januari 1959, 2033; Houwing, nr. 294.
 68. Pk. Hof Arnhem. 12 april 1948, P. 1948, 966. Zie ook C.G. 29 september 1958, P. 1959, 2003. Zie voor afwijkende jurisprudentie van lagere instanties, Houwing, nr. 297.
 69. De Pacht, 1949, blz. 3/4 en 1960, blz. 168.
 70. Vgl. ook De Haan, blz. 326; Asser-Abas-Van Andel, blz. 254.
 71. Pk. Hof Arnhem, 11 december 1967, P. 1968, 2785. Het is wel mogelijk meerdere dingen tegelijk te willen maar niet om met meerdere willen tegelijk hetzelfde te willen - althans in rechte. Vgl. ook Houwing, De Pacht 1949, blz. 70.
 72. Asser-Abas-Van Andel, blz. 254.
 73. Wanneer de overeenkomst niet ter goedkeuring is ingezonden, geldt zij, zolang zij niet door de grondkamer is goedgekeurd, voor onbepaalde tijd, zonder dat zij door een van beide partijen kan worden opgezegd.
 74. M.G. Levenbach, De Arbeidsovereenkomst in het Nederlandse Recht, in: De arbeidsovereenkomst volgens het recht der deelnemende staten van de E.G.K.S., Eurolibri 24, Deventer/Antwerpen, 1965, blz. 761.
 75. Bles IV, blz. 3. Deze passage werd ontleend aan art. 2644 van het ontwerp van 1820! Minister Van Raalte tijdens de parlementaire behandeling (Bles IV, blz. 10): een overeenkomst voor een bepaald werk is een overeenkomst voor bepaalde tijd.
 76. Canes, blz. 266; Land-Losecaat Vermeer, V, blz. 324 (hij wijst op art. 1639v, dat uitgaat van de veronderstelling dat men zich kan binden voor een minimumduur 'voor het leven', aangezien anders de opzegbevoegdheidsuitkering in dit artikel zinloos geweest zou zijn. Zie ook B.C. Goudsmit, RBA XIX, blz. 49 e.v.); J.H. Scholten, RBA VI, blz. 9/10; Meijers, Arbeidsovereenkomst 1924, blz. 173; Levenbach, RBA XXIII, blz. 25, e.v.

Noten

77. Ktg. Breda, 18 december 1918, RBA VIII, blz. 11; Ktg. Amsterdam, 7 februari 1919, W. 10384; Ktg. Groningen, 17 mei 1923, RBA XI, blz. 60.
78. Bevestigend: Diephuis, XII, blz. 338. Anders: J. de Vries, Tijdschrift v.h. Nederlandsch Regt, 7, blz. 274 e.v. en Van Hamel, Sociaal Weekblad 1892, blz. 377.
79. Vgl. Bles IV, blz. 2 e.v.
80. Zie de M.v.T. Bles IV, blz. 4.
81. Bles IV, blz. 4.
82. Het woordje 'alleen' is bij de wetswijziging van 1953 komen te vervallen.
83. Hoe Naber (SMA 1975, blz. 372 en diss. blz. 252 e.v.) op grond van de wetshistorie tot de opvatting kan komen dat de voorafgaande opzegging in art. 1639e lid 2, slechts het karakter van een waarschuwing kan hebben, is mij niet duidelijk. Helaas zonder motivering wordt hij door de opsteller van w.o. 13656 gevolgd, zie de M.v.T. blz. 13.
84. Bles. IV, blz. 8.
85. HR. 8 april 1926, NJ 1926, 613.
86. Arbeidsrecht, Deel IIA, blz. 137.
87. De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst. Leiden, 1956, blz. 179.
88. De arbeidsovereenkomst, Serie Bijzondere Contracten, Groningen 1975, blz. 151.
89. Arbeidsovereenkomst, Deventer, losbladig, aant. 2 bij art. 1639e BW.
90. De ontbindende voorwaarde in arbeidsovereenkomsten, SMA 1978, blz. 323.
91. Arbeidsovereenkomstenrecht, Alphen aan den Rijn, blz. 148.
92. RBA XXIII (1937), blz. 17 e.v. (Bepaalde of onbepaalde duur der dienstbetrekking). Deze gedachte is nader uitgewerkt in 1953 (blz. 105) Ook Bakels (Schets) vestigt de indruk beide aspecten te begrijpen (blz. 123).
93. Asser-5-III, blz. 214/215.
94. HR 8 januari 1952, NJ 1952, 243, m.n. B.V.A.R., (Steenfabriek). Daarvóór had de HR al te kennen gegeven een overeenkomst voor de duur van een bepaald werk als voor bepaalde tijd aangegaan te beschouwen (HR 12 november 1936, NJ 1937, 247) evenals de overeenkomst aangegaan voor de tijd dat een arbeider ziek is (HR 11 juni 1937, NJ 1937, 987).
95. Levenbach, N.B. Ontslagrecht, blz. 107.
96. Asser-Rutten II blz. 157 e.v.; art. 6.5.2.10 NBW, dat blijkens de Toelichting aansluit bij het huidige recht (blz. 749). Zie ook art. 1369 lid 2 BW.
97. HR 8 april 1910, W. 9019; Hofmann-Abas, blz. 107; HR 13 januari 1938, NJ 1938, 566 (art. 1356 en 1369 BW drukken het beginsel uit dat uit de verbintenis moet kunnen worden opgemaakt tot hoever de gehoudenheid van de schuldenaar gaat).
98. HR 8 april 1910, W. 9019.
99. Worden partijen het alsnog eens dan zijn zij gebonden op grond van die laatste wils-overeenstemming. Staat er in de oorspronkelijke overeenkomst dat partijen het alsnog eens dienen te worden dan is er geen duurovereenkomst tot stand gekomen doch slechts een pactum de contrahendo, welke een geheel andere inhoud heeft.
100. Welke dus geen ruimte laten voor een subjectief oordeel.
101. N.B. Ontslagrecht, blz. 105. Ook hier betreft het een uitwerking van zijn gedachten uit 1937 (RBA XXIII, blz. 26).
102. Aldus ook Levenbach in het in de vorige noot genoemde artikel in RBA. De wet-bepalingen kunnen beter rechtstreeks gerelateerd aan het rechtsgevolg worden geredigeerd.
103. Pitlo spreekt in dergelijke gevallen van overeenkomsten die alternatief voor bepaalde en onbepaalde tijd zijn aangegaan. (Pitlo, 1964, blz. 430; Pitlo-Frenkel, 1977, blz. 56). Deze opmerking illustreert nog eens de zinloosheid van deze kwalificaties.
104. Van het tegenovergestelde standpunt gaat uit: I.P. Asscher-Vonk (zie haar artikel in SMA 1978, blz. 320 e.v., De ontbindende voorwaarde in arbeidsovereenkomsten,

Noten

en de reactie hierop van J.G.M. Arnold in SMA 1978, blz. 624, met onderschrift van mevr. Ascher). Dit ondanks het feit dat de wetgever in 1953 de begrippen bepaalde/onbepaalde tijd als tussenschakel heeft willen elimineren. Het standpunt van mevr. Asscher is m.i. in ieder geval in strijd met het arrest van de HR van 8 januari 1952, NJ 1952, 243, (Steenfabriek).

105. Bijvoorbeeld: A sluit een leasingcontract met autodealer B. Het contract wordt aangegaan voor de duur van zes jaren waarbij geldt dat de overeenkomst tussentijds kan worden opgezegd met een termijn van drie maanden en waarbij geldt dat de overeenkomst van rechtswege zal zijn geëindigd op het moment dat de firma B het bestaande dealership van merk X zal worden ontnomen door de importeur.

Noten bij hoofdstuk 3

1. Zie met betrekking tot het begrip 'feitelijke relatie' ook nr. 4.5.2.
2. Er zijn nog wel meer dan drie onderscheidingen te maken. Zie bijvoorbeeld ten aanzien van het begrip dienstbetrekking de door E.P. de Jong gemaakte driedeling in: synoniem voor arbeidsovereenkomst, feitelijke werkzaamheid van de arbeider en verplichtingen van de arbeider. (In Compendium Bijzondere Overeenkomsten, red. M.A. Van Wijngaarden en C.J. Van Zeben), Deventer 1982, blz. 162. Illustratief is ook de voor maatschap gegeven opsomming in Asser-Maeijer, blz. 42.
3. In de verzekeringswereld spreekt men met betrekking tot het sluiten van verzekeringsovereenkomsten wel van 'het verkopen van polissen'; die wanneer de verzekering niet kan worden opgezegd 'onopzegbare polissen' heten. Van Barneveld, blz. 190.
4. Overgenomen uit de Consumentengids 1978, blz. 135.
5. Dit zal ongetwijfeld te maken hebben met het feit dat de beëindiging, vooral wanneer die eenzijdig tot stand wordt gebracht, meer in de emotionele sfeer betrokken pleegt te zijn dan het aangaan van een overeenkomst.
6. Vgl. art. 1731, art. 1777 resp. 1791.
7. Land-Losecaat Vermeer spreekt dan ook van 'opzeggen' van de verbruikleen. (blz. 545). Zie ook Vollmar, 1952, blz. 858.
8. Argument hiervoor is dat alleen nog de bruikleen als vriendendienst pleegt voor te komen (of als een dienst die een overheidslichaam of een andere instelling in het algemeen belang gratis pleegt te bewijzen aan ieder uit het publiek, bijv. openbare bibliotheken) terwijl bovendien de praktijk ten aanzien van bewaargeving en verbruikleen behoefte heeft aan zekerheid op grond van 'blote afspraak'. Toel. blz. 882 en 883.
9. Terecht bewaarneming genoemd in het NBW in plaats van bewaargeving, aangezien het bewaren de karakteristieke prestatie vormt.
10. Deze op de verbruikleen van geld toegespitste terminologie is op de verbruikleen in het algemeen van overeenkomstige toepassing. (art. 7.2.2.4).
11. Art. 7.6.5 en 7.6.6 resp. 7.6.7.
12. Zie ook lid 7 en lid 8 van art. 1623b BW.
13. Zie o.a. Asser-5-II, blz. 198 e.v.; Asser-Abas-Van Andel blz. 304; Houwing, Rechtspraakoverzicht in P. 1978, blz. 228; Pk. Hof Arnhem, 14 mei 1962, P. 1962, 2326; 25 maart 1974, P. 1975, 3228.
14. Dit zou tevens met zich kunnen brengen dat de verzekerde de afstand te allen tijde weer kan herroepen (Van Barneveld, blz. 263). Dit is mijns inziens niet juist omdat hierdoor het belang van de nieuwe verzekeraar geschaad zou worden hetgeen de wetgever juist heeft willen voorkomen.
15. Westermann, blz. 86.

Noten

16. Zie verder Dorhout Mees III, blz. 77; Van der Burg, blz. 112 en 113, Van Barneveld, blz. 346 e.v.
17. Vgl. Van der Burg, blz. 114.
18. Bijvoorbeeld het recht van reclame, pand, etc. Zie Dorhout Mees III, blz. 77; Van der Burg, blz. 113; Th.H.J. Dorrestein, De grondslag der derde begunstiging bij schadeverzekering, Dorhout Mees-bundel, blz. 169 e.v., blz. 174.
19. In de praktijk heeft men veelvuldig een van art. 263 afwijkende regeling gemaakt, hetgeen ook de meest aangewezen weg is om problemen dienaangaande te vermijden. Zie HR 9 maart 1956, NJ 1959, nr. 135 m.n. Kingma Boltjes; AA 1956/7, blz. 114 m.n. Dorhout Mees.
20. Stigter/Ploeg, blz. 145 e.v.
21. Stigter/Ploeg, blz. 45 e.v.
22. Anders J.M.E. In 't Velt-Meijer in het Verzekeringsarchief 1981, blz. 22.
23. HR 8 november 1918, NJ 1918, 1242, W 10363 (De beslissing van 16 februari 1917 ligt nog vers in het geheugen! Het ging toen om de betekenis van art. 272 K, zie nr. 3.5) HR 24 september 1982, NJ 1983, 327.
24. Cremers, Bouwrecht 1931, blz. 159.
25. Vgl. Van Wijngaarden, Handleiding tot de U.A.V., Kluwer/Samson, 1974, blz. 173; Asser-5-III, blz. 349; M.M. Van Praag, Bouwrecht, Amsterdam, 1966, blz. 97; Toel. NBW, blz. 1081.
26. Bijvoorbeeld bij gebouwen komt het dikwijls voor dat de aanneemsom betaald moet worden volgens een bepaald schema, dat is gerelateerd aan de vordering van de bouwwerkzaamheden. Bijv: 15% bij het onder de kap zijn, 10% bij glasdicht zijn, etc. Vgl. par. 40 van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken, U.A.V., Stort. 1969, 61.
27. Hof 's-Gravenhage, 21 december 1942, NJ 1943, 308. Zie voor uitgebreide literatuur opgave Asser-5-III, blz. 355.
28. Asser-Kamphuisen, blz. 442.
29. Aldus ook Asser-5-III, blz. 349 e.v.
30. Beeindiging/Beeindigen, etc. wordt ook gebruikt om het einde in het algemeen aan te geven, evenals de term: eindigen, etc. Zie bijvoorbeeld: art. 1639n lid 2 BW; 7 lid 2, Uitvoeringsbesluit art. 1637s (Stb. 1973, 33); 20 WOR, 4 BBA 1945, respectievelijk: art. 1637x lid 1, 1638cc lid 2, 1638ii, 1638iii, 1638r, 1638s, 1638aa lid 1 en 2, 1639e 1639f lid 4, 1639i, 1639m, 1639r lid 5, BW; 4 BBA 1945.
31. Onduidelijk is de betekenis van beeindigen in art. 40 F. en van geeindigd in art. 239 F., met name door het gebruik van de woorden 'in elk geval'. Zie hieromtrent nader: I.H. Van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement, Preadvies, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Alphen a/d Rijn, 1981, blz. 32 e.v.
32. Zie ook art. 1639nn, van het toenmalige w.o. 10.III (werkstaking).
33. De term ontslag komt ook voor in enkele andere wetten, bijvoorbeeld art. 21 lid 1 van de Werkloosheidswet 1949 (Stb. J 423). Meestal betekent het dan 'ontheffen uit zijn functie/vervallen verklaren van zijn specifieke bevoegdheden' waarbij het rechtspositionele element op de tweede plaats komt en de beeindiging niet met het ontslag behoeft samen te vallen. Zie bijvoorbeeld: art. 73 F.; art. 37, 161 lid 2 en 4, 271 lid 2 en 4, 356 BW; art. 8 en 51 van de Wet op het Levensverzekeringbedrijf 1922 (Stb. 716).
34. Asser-Kamphuisen, 1945, blz. 376. In de druk van 1960 komt deze opmerking niet meer voor. Hij is hierin gevolgd door Bakels (SMA 1977, blz. 543) en De Jong/Tonkens-Gerkema, aant. 3 bij art. 1639g.
35. Bles IV, blz. 8.
36. Hierbij moet bedacht worden dat dienstboden weliswaar een beloning kregen die

- deels uit kost- en inwoning bestond maar anderzijds dikwijls per jaar werden betaald. Bles IV, blz. 2, noot 1.
37. Art. 2663: 'de opzegging, buiten wettige redenen gedaan, doet de huur en verhuring van diensten wel eindigen, doch verplicht dengene, die de opzegging doet, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen'. (Bles IV, blz. 95).
 38. Bles III, blz. 450; Bles IV, blz. 111.
 39. Bles III, blz. 450.
 40. Bles IV, blz. 107 e.v. In de door Bles in III, blz. 500 weergegeven tekst is duidelijk sprake van een misverstand tussen de heren. Van Raalte heeft dan niet begrepen wat van Idsinga met opzegging bedoelt.
 41. blz. 388.
 42. Bles IV, blz. 13.
 43. N.B. Ontslagrecht, blz. 95/96.
 44. In SM 1947 (blz. 42) had hij echter geschreven dat het bijzondere van de proeftijd is dat de partij die beeindigt geen termijn in acht behoeft te nemen, en ook op blz. 117 in dezelfde jaargang schijnt hij te kiezen voor de betekenis van mededelen met inachtneming van een termijn.
 45. Arbeidsovereenkomst, blz. 186.
 46. Arbeidsovereenkomst, blz. 156.
 47. Pitlo 1964, blz. 433.
 48. SMA 1977, blz. 543.
 49. Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 157 (m.b.t. art. 1639n BW).
 50. SMA 1976, blz. 738/739. Hij acht het weinig voor de hand liggend dat 'zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen' iets anders zou zijn dan een voor de goede orde aanvaarde tautologie. Hij onderscheidt de juridische opzegging van de feitelijke mededeling of waarschuwing. Zijn verhaal zou aan duidelijkheid hebben gewonnen als hij zich eerst zou hebben uitgelaten over de vraag met welke woorden hij de simpele rechtshandeling wil aanduiden.
 51. M.G. Rood, Naar een nieuw ontslagrecht, NJB 1980, blz. 289 e.v.
 52. Asser-5-III, blz. 213.
 53. Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 157.
 54. Zie noot 52.
 55. SMA 1977, blz. 543.
 56. Asser-5-III, blz. 215.
 57. Ik kom hierop nader te spreken in nr. 4.2.
 58. Kanttekeningen bij het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen, SM 1947, blz. 38 e.v.
 59. Overtreding van de bepalingen van het BBA 1945 leverde vroeger tevens een strafbaar feit op. Zie de toenmalige art. 21 e.v.
 60. In deze zin ook: W.F. de Gaay Fortman, (destijds ambtenaar bij het ministerie van Sociale Zaken) in zijn artikel in SM 1949 (blz. 34 e.v.), De rechter en artikel 6 van het BBA 1945.
 61. Aldus - terecht - C.B.W. Wallbach, De beeindiging van de arbeidsverhouding in de zin van art. 6 van het BBA 1945, SM 1947, blz. 192 e.v., blz. 196.
 62. A.w. blz. 40.
 63. Naber, *ass.* blz. 146 e.v., meent dat Levenbach's visie inhoudt dat er twee rechtshandelingen te onderscheiden zijn. Die tweede rechtshandeling, het actief slaken van de band, acht Naber onwaarschijnlijk. Het kan echter niet anders of ook deze tweede rechtshandeling moet dan worden opgevat als een privaatrechtelijke bevoegdheid. Hoe Naber dan uit Levenbach's opmerking in N.B. Ontslagrecht, blz. 157 dat de (ontslag-)vergunning de publiekrechtelijke voorwaarde is voor het mogen uitoefenen van bepaalde privaatrechtelijke bevoegdheden, kan afleiden dat Levenbach daarmee

Noten

- ineens de opzegging bedoelt, is mij niet duidelijk. Temeer niet omdat Levenbach op blz. 155 juist had gesteld dat de HR ten onrechte beëindiging en opzegging heeft geïdentificeerd.
64. Vgl. ook zijn opmerking op blz. 155 van N.B. Ontslagrecht dat beëindiging in art. 6 BBA dezelfde betekenis heeft als de term 'doen eindigen' in de ontslagartikelen van het BW. Zie ook de vorige noot.
 65. Hetgeen aanleiding vormde voor J.S. Dienske om te schrijven dat de ministeriele ontheffing van het ontslagverbod ten aanzien van werknemers werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst tijdens de praefijtd, sedert de wijziging van art. 1639n in 1954 (zie hierboven nr. 3.7.1) overbodig is geworden. (Buitengewoon Arbeidsrecht, Alphen a/d Rijn, 1965, blz. 44/45 jo. blz. 52). In de nieuwe redactie kan immers zonder opzegging beëindigd worden. Klaarblijkelijk maakt Dienske dezelfde vergissing als Levenbach.
 66. SMA 1976, blz. 739.
 67. Asser-5-III, blz. 224.
 68. Wet van 24 maart 1976, Stb. 223.
 69. Ontslag wordt ook gebruikt in het intitulé en de considerans.
 70. Zie art. 2 en art. 6 Wet MCO.
 71. Wet van 28 januari 1971, Stb. 54.
 72. Art. 24, lid 2 Colportagewet jo. art. 1 en 2 van het op genoemd wetsartikel geba-seerde KB van 11 juli 1975 (Stb. 397).
 73. Art. 2 KB 1975.
 74. 'Hierbij laat ik U weten, dat ik afzie van het hierna omschreven contract'. Beschik-king van de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Justitie van 24 juli 1975, Stort. 144.
 75. Asser-5-III, blz. 112
Van der Grinten spreekt in zijn bijdrage De onherroepelijke volmacht in de Hijmans Van den Bergh-bundel (Deventer 1971, blz. 133 e.v.) bij voorkeur over opzegging, opzegbaarheid, etc. van de volmacht.
 76. Zie ook de vorige noot.
 77. J.M.Polak, Hanteerbare wetgeving, in: De hanteerbaarheid van het recht, Bundel opstellen aan mr. L.D. Pels Rijcken, Zwolle 1981, blz. 67-71.
 78. J. Drion, Verzamelde Geschriften, blz. 278.
 79. Vgl. A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het Nieuwe Burger-lijk Wetboek, Deventer 1984, blz. 12.

Noten bij hoofdstuk 4

1. Vgl. Cremers, Bouwrecht, blz. 134; Van Praag, blz. 98;
Asser-5-III, blz. 351; Zonderland, Deel D II, nr. 46; Art. 7.12.14 lid 1 NBW (zie ech-ter hieronder nr. 4.4).
2. Onder andere Suijling, blz. 430, nr. 263.
3. Hofmann-Abas (blz. 247) verstaat hieronder de opzegging die betrekking heeft op een overeenkomst voor bepaalde tijd ('Behoudens andersluidend wetsvoorschrift is dit soort opzegging in beginsel niet mogelijk').
4. In het NBW geldt in dit geval de fictie dat het de werkgever is die heeft opgezegd (art. 7.10.1.4 lid 1).
5. Vgl. art. 3.2.5 lid 1 NBW.
6. Van Zeven-du Pon, blz. 187/188.
7. Ook het kabinet heeft zich in deze zin uitgelaten in het zogenaamde DIA-rapport (Bijlage Handelingen II, 83-84, 17931, nr. 24) bij zijn overwegingen omtrent de

mogelijkheid om de procedure voor de Dir. GAB te laten samenvallen met de opzegtermijn.

In hetzelfde rapport komen nog andere maatregelen aan de orde zoals een bekorting van de maximale opzegtermijn van 26 weken naar 13 weken, opheffing van het ontslagverbod tijdens ziekte en zwangerschap bij ontslagen om bedrijfseconomische redenen; verlenging van de maximaal toelaatbare proeftijd en een grondige herziening van de procedure voor de Dir. GAB. Zie hierover ook de adviesaanvraag aan de Sociaal Economische Raad (Stcrt. 1985, 58) en verder onder meer W.C.L. van der Grinten, Verleden, heden en toekomst van de wet op de arbeidsovereenkomst, SMA 1982, blz. 461 en het decembernummer van SMA 1984 met bijdragen van onder meer Duk, Meijerink en van Waarden.

Aangezien het thans nog maar zeer de vraag is of deze voorstellen in enige vorm geldend recht zullen worden, leek het mij verantwoord van verdere behandeling en verwijzing in het vervolg van dit boek af te zien.

8. Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, 12' druk, blz. 162. In de 13' druk acht hij een voorwaardelijke opzegging (zonder meer) ongeldig (blz. 187).
9. M.M. Olbers, Conversie in het ontslagrecht, NJB 1977, blz. 1069.
10. Door F.J.C.M. de Kok is de term 'voorwaardelijk ontslag' geïntroduceerd (SMA 1984, blz. 420 e.v.). Hij bedoelt hiermee niet een 'rechtshandeling onder voorwaarde gedaan' maar een aanzegging van een voornemen tot opzegging voor het geval dat later mocht blijken dat de arbeider inderdaad niet ziek meer blijkt te zijn geweest, terwijl hij tijdens deze aanzegging niet op het werk verschijnt omdat hij meent nog

ziek te zijn in tegenstelling tot de controlerend arts. Ik acht dit woordgebruik minder gelukkig en eigenlijk onnodig. Het gaat hier niet om de opzegging (op staande voet) zelf maar om de subjectieve dringendheid van de dringende reden.

11. Suijling, blz. 428 e.v., gevolgd door Van Dunné diss, blz. 40 en Hofmann-Abas, blz. 248.
12. Art. 1639h t/m k BW, art. 6 BBA 1945, art. 21 WOR.
13. Vgl. Clavareau, blz. 126 (met een beroep op H. Herschohn, Die Kündigung im Schweizerischen Obligationenrecht, diss. Zurich, 1925, blz. 29 e.v.).
14. Idem.
15. In dezelfde zin: E. Molitor, Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsvertrages, 2. Auflage, Kessler Verlag Mannheim, 1951, blz. 251.
16. Winkel, Prêadvies 1952, blz. 198.
17. O.a. Diephuis, X, blz. 439. Ook in latere handboeken pleegt de opzegging te worden behandeld in het kader van de bespreking van art. 1374 lid 2 BW.
18. Suijling, blz. 430; Clavareau, blz. 123; Hijmans van den Bergh, Prêadvies 1952, blz. 126-134; W.F. de Gaay Fortman, Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen? Prêadvies NJV 1962, I, blz. 175 e.v.; E.M. Meijers, Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden waaronder eene overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan? Zoo ja, welke wettelijke regeling is te dien aanzien wenschelijk?, Prêadvies NJV 1918, blz. 140 e.v.
19. Hijmans van den Bergh, a.w. blz. 128.
20. Ovid Porumb, La Rupture des Contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale. Essai d'une théorie générale, diss. Parijs, 1937, met name blz. 189 e.v.
21. Hijmans (blz. 128) verwijst onder meer naar de herinvoering van de onopzegbare opstal, erfpacht en beklemming (art. 765 jo 783 en art. 766 jo 783 BW) en de altijd-durende rente (art. 1807 BW).
22. Blz. 134
23. Deel I, par. 455.
24. Blz. 129.

Noten

25. Blz. 126.
26. In het betrokken arrest heeft de Hoge Raad expressis verbis analogie toegepast met buitencontractuele regelingen (i.c. zakenrechtelijke regelingen).
27. Vgl. onder meer Hof Arnhem, 4 januari 1949, NJ 1949, 581; Hof Amsterdam, 19 juni 1958, NJ 1959, 369.
28. Aldus zou men inderdaad van een zekere convergentie van beide opvattingen kunnen spreken. Vgl. M.V. van der Woude, De opzegbaarheid van wederkerige overeenkomsten, WPNR 4675, blz. 201 e.v. Hij spreekt van de 'onopzegbaarheidsleer' respectievelijk de 'opzegbaarheidsleer'. Tot dezelfde conclusie komt Hartkamp (Asser-Hartkamp II, nr. 310), die zich eveneens bij Van Drakel aansluit.
29. Préadvies 1952, blz. 196 e.v.
30. Winkel, a.w. blz. 201.
31. Hofmann-Abas, blz. 248.
32. Asser-Rutten II, blz. 243.
33. Hofmann-Van Opstall, 8^e druk, blz. 418/419; Pitlo-Bolweg, blz. 249; Van Dunné, diss. 66 e.v.; H.G. van der Werf, Overeenkomstenrecht, Arnhem 1981, blz. 90/91; W.B. Helmich, De theorie van het rechtsmisbruik in het Romeinse, Fransche en Nederlandsche Recht, diss. Nijmegen 1945, blz. 190.
34. Verslag in NJB 1985, blz. 421/422.
35. HR 4 juni 1886, W 5301.
36. HR 17 maart 1927, NJ 1927, blz. 1025, m.n. E.M.M.
37. Hijmans, blz. 130, Winkel, blz. 200.
38. HR 15 april 1966, NJ 1966, 302 m.n. G.J.S.
39. HR 13 februari 1976, NJ 1976, 343.
40. Destijds bevatte de Zfw nog geen regeling van de opzegbevoegdheid van het ziekenfonds. Thans is dat wel het geval, sedert de wijziging van de Zfw bij wet van 2 december 1982, Stb. 702 (art. 44 lid 10 jo. art. 45 onder f). Voor de medewerker geldt een contracteerplicht jegens andere ziekenfondsen op grond van art. 48 Zfw.
41. Verwezen wordt naar Palandt 1977, blz. 210 onder F.
42. Dit te meer nu niet door de Ziekenfondsraad op 28 april 1977 bij wijze van bindend advies is uitgemaakt dat buiten de persoon van de medewerker gelegen omstandigheden (met name financiële en ideële) geen ernstige bezwaren in de zin van Zfw kunnen vormen. Zie Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1977, blz. 184. Zie ook Pres. Rb. Utrecht, 20 april 1976 en Hof Amsterdam, 8 juli 1976, blz. 43 van diezelfde jaargang van genoemd tijdschrift, en op blz. 176 het artikel van N. de Jong.
43. Algemeen wordt immers aangenomen dat de HR op dit punt een jaar later is omgegaan bij zijn arrest van 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (HBU).
44. Zie ook HR 7 september 1984, NJ 1985, 32 m.n. WHH (Door voor de mogelijkheid van opzegging van bruikleen van woonruimte i.c. geen dringende redenen vereist te achten, had het Hof het recht niet geschonden.)
45. Tot dezelfde conclusie komt D.A. Lubach, Beleidsvereenkomsten, Deventer 1983, blz. 228.
46. Rb. Maastricht 18 oktober 1934, NJ 1935, 377; Hof 's-Gravenhage, 15 december 1941, NJ 1942, 176; Hof Arnhem 13 maart 1950, NJ 1950, 717; Hof Amsterdam, 28 april 1955, NJ 1955, 530; Rb. Leeuwarden 22 maart 1956, NJ 1956, 460; Hof 's-Gravenhage 3 juni 1965, NJ 1967, 84; Rb. Amsterdam 18 februari 1936, NJ 1936, 515; Hof Arnhem 7 april 1937, NJ 1937, 915; Hof 's-Gravenhage 2 juni 1948, NJ 1949, 207. De rechtspraak was deze mening reeds in de vorige eeuw toegedaan. Vgl. de conclusie van R.M. Drucker in R.M. Themis 1894, blz. 546. Zie ook I.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement, Alphen aan den Rijn 1981, (Geschriften van de vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 5), blz. 26.
47. Vgl. Hof Arnhem, 4 januari 1949, NJ 1949, 581 (eiser had zelf het risico genomen

Noten

- dat hij zou worden opgezegd door niet een overeenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan of een waarborg van een minimumduur te verlangen).
48. Vgl. Opzomer, Deel 8, blz. 337.
 49. Anders bijvoorbeeld de Pres. Rb. Breda, 20 februari 1968, NJ 1968, 322, die intrekking van de opzegging mogelijk achtte zolang de opzegtermijn nog niet verstreken was.
 50. Wel is het mogelijk een opzegging te voorkomen indien men er in slaagt een als opzegging uitgegane mededeling fysiek te achterhalen door een tweede mededeling die herroeping van de opzegging inhoudt en die dan de wederpartij voor of tegelijk met de opzegging bereikt. Zie bijvoorbeeld Pk. Ktg. Heerenveen, 26 september 1968, De Pacht, 1969, 2865.
 51. Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 163.
 52. Aldus ook Rb. Leeuwarden, 22 februari 1934, NJ 1935, blz. 150.
 53. Zie voor een dergelijk geval Scheidsrecht voor het Nederlands Ziekenhuiswezen 29 april 1981 (Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1981, blz. 224/225), dat oordeelde dat de eerste opzegging werd 'achterhaald' door de tweede, maar dit standpunt niet motiveerde.
 54. Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst 1927 Stb. 415.
 55. De mogelijkheid van onverbindendverklaring bestond in 1927 nog niet en is pas bij de wet van 25 mei 1937 (Stb. 801) (wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten) in het leven geroepen.
 56. Het gaat hier om een bepaling van het type C (zie nr. 1.2).
 57. Id. voor type B (zie nr. 1.2).
 58. Asser-5-II, blz. 247.
 59. Art. 7.9.1.6 lid 2.
 60. W.o. 17 779.
 61. Bles IV, blz. 242.
 62. Bles IV, blz. 61. 'Dat men onder de schoonschijnende naam van proeftijd mensen jarenlang - om een triviale uitdrukking te gebruiken - aan het lijntje houdt'.
 63. D. Christe, Aantekening bij de proeftijd van art. 1639n BW, SMA 1979, blz. 470 e.v.
 64. HR 9 april 1954, NI 1954, 446. Zie ook Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 159.
 65. Rb. Rotterdam, 29 maart 1974, NJ 1974, 379; Rb. Alkmaar, 2 december 1982, NJ 1983, 475; P.G. voor HR 20 mei 1983, NJ 1983, 702.
 66. Afdeling 6.1.7 NBW (art. 1440 BW).
 67. Art. 1306 BW; art. 6.1.6.9a.
 68. Zie ook hetgeen in nr. 3.2 reeds over de reële contracten is opgemerkt.
 69. Asser-5-II, blz. 247; Van Brakel, blz. 292.
 70. Dit zou aansluiten bij hetgeen als redelijk wordt ervaren. Toel. blz. 1028 (M.v.T 17 779, blz. 18).
 71. Toel. blz. 1082.
 72. Vgl. HR 24 september 1982, NJ 1983, 327.
 73. Bouwrecht 1931, blz. 157.
 74. W.o. 17 779, blz. 6.
 75. Blz. 994 e.v.
 76. Art. 7.7.1.16.
 77. Het loon dat de opdrachtnemer toekomt wordt bepaald volgens art. 7.7.1.14 NBW.
 78. Bijvoorbeeld een bedrijf dat halverwege het jaar, dat de opdracht loopt, bemerkt dat zijn accountant ten opzichte van een andere client zijn geheimhoudingsplicht geschonden heeft, zodat het alle vertrouwen in die accountant verliest. Van wanprestatie jegens het bedrijf zelf is dan geen sprake.
 79. Asser-5-III, blz. 74.

Noten

80. Bijvoorbeeld: art. 1683 lid 4 BW (art. 7.13.1.12 NBW) (vennootschap); art. 1648 lid 1 BW (dood aannemer); art. 1639i BW (bij dood van de arbeider); art. 1850 lid 3 BW (dood van de lasthebber); art. 74k K. (dood handelsagent).
81. Soortgelijke bepaling geldt bij surseance van betaling (art. 238 en 239 F).
82. Einde van rechtswege wordt bepaald door art. 1683 lid 4 BW (maatschap) en art. 1850 lid 3 BW (lastgeving).
83. Zie hierover B. de Vries, Risicoverzwaren bij schadeverzekeringen, NJB 1985, 313.
84. Zie voor recentere voorstellen tot wijziging van de bepalingen met betrekking tot verzwijging Het Verzekeringsarchief, 1980, blz. 301.
85. Clavareau (blz. 135) verwijst naar een studie van A. Einnatz (Die Kündigung aus 'wichtigem Grunde' bei Dienst- und Gesellschaftsvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, diss. Marburg, Emsdetten, 1934), die een bijzondere opzegbevoegdheidstoekenning bij wijze van beginsel aanwezig achtte bij contractuele relaties die door 'gewisse persoonlijke Beziehungen und damit durch ein Vertrauensverhältnis' wordt gekenmerkt. Het zou er om gaan dat een persoonlijke samenwerking een goede onderlinge verstandhouding vereist. M.i. wordt hiermee de essentie nog niet geheel juist weergegeven. Deze ligt eerder hierin dat er vertrouwen in de persoon van de wederpartij als zodanig moet kunnen bestaan, welk vertrouwen meer omvat dan de verwachting dan de wederpartij de bedongen prestatie naar behoren zal verrichten.
86. Bles IV, blz. 98 e.v. resp. M.v.T. w.o. 11 022, blz. 21.
87. Art. 1639o leden 1 en 4 jo 1639r BW, respectievelijk art. 74i lid 1 jo 74n lid 1 K.
88. Art. 1639p resp. art. 1639q BW.
89. Art. 74i lid 2 K.
90. Art. 1639w BW resp. 74m K. De dringende reden benadert de omschrijving van de onvoorziene omstandigheden van art. 6.5.3.11 NBW. De dringende reden behoeft echter niet onvoorzien te zijn, terwijl ze alleen ziet op het einde van de overeenkomst en niet op wijziging daarvan.
91. Art. 1639o lid 3 BW resp. art. 74i lid 3 K.
92. M.v.T. w.o. 17 779, blz. 6.
93. Art. 7.7.1.10 lid 2.
94. Opzeggingen waarbij onderscheid gemaakt wordt tussen vrouwen en mannen of tussen gehuwden en ongehuwden, zijn eveneens verboden (art. 1637j lid 1 resp. lid 6 BW) doch deze zijn op die grond niet aantastbaar. M.v.A. (w.o. 15 400) blz. 14. Zie hierover in het bijzonder L. van den Heuvel, diss. blz. 97 e.v.
95. Op grond van de Richtlijnen voor toepassing van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (Stcrt. 1974, nr. 15 en Stcrt. 1974, nr. 60) dient de Dir. GAB zich te beperken tot de redelijkheid van de beëindiging van de dienstbetrekking. Van oorsprong diende het ontslagverbod voornamelijk (in samenhang met een herplaatsingsplicht) het door de Tweede Wereldoorlog ontredde arbeidsbestel te herstellen. Zie H. Naber, Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht, diss. Deventer 1981, blz. 65 e.v. Ook thans schijnen nog arbeidsmarktpolitieke beleidsoverwegingen een rol te spelen bij de beslissing van de Dir. GAB. Zie C.E.M. v.d. Boom, Art. 6 BBA, nog steeds instrument van overheidsbeleid, SMA 1981, blz. 849.
96. Het verzoeken van toestemming geschiedt via een procedure waarop de regelen betreffende het bewijs in Boek V BW niet van toepassing zijn. Dit doet aan de redelijkheid van deze regel niet af.
97. Men kan hier spreken van een ongelukkige wetgevingstechniek. Vgl. A.F.M. Dorresteyn, De kantonrechter en de WOR, het onderzoek van het ICOR, TVVS 1978, blz. 213 e.v. Men zie bovendien de profetische blik van Clavareau, blz. 132 (aan het eind van de uitgebreide noot).
98. De door de verpachter aangegane pachtverhouding zal moeten voortduren zolang

- niet een bijzonder belang van de verpachter beëindiging eist (uiteraard zolang de pachter op voortduren prijsstelt), Houwing, nr. 30.
99. Art. 1639o lid 2 BW; art. 21 lid 2-4 WOR.
100. Merkwaardigerwijs noemt lid 2 van art. 1639o BW ook art. 1639h lid 2. Dit betekent dat het huwelijk van de arbeider een verboden ontslaggrond is maar toch een dringende reden kan vormen (theoretisch gesproken).
101. Op grond van de Huurprijzenwet woonruimte (Stb. 1979, 15) kan in beginsel jaarlijks geprobeerd worden via de daar geregelde procedure de huur aan te passen.
102. De bepalingen kunnen derhalve eveneens - naast behorende tot type B - als type C gekarakteriseerd worden (zie nr. 1.2).
103. Vgl. de jurisprudentie met betrekking tot de afsluiting van gas en water aan particulieren, HR 20 maart 1981, AB 1981, 337.
104. Een zuiver feitelijke relatie kan natuurlijk op allerlei manieren ontstaan, bijv. door het zijn van buren, van medereiziger, klasgenoot, eigenaar van aandelen in dezelfde vennootschap etc. Ook door het uitvoeren van een rehtens niet-bestaande overeenkomst wordt een feitelijke relatie in het leven geroepen, die overigens wél juridisch relevant kan zijn, Hof Arnhem, 18 december 1979, NJ 1980, 555, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1981, blz. 33.
105. Zie ook nr. 3.1.
106. Vgl. Asser-Abas-Van Andel 106. blz. 69.
107. Asser-Abas-Van Andel, blz. 68, met beroep op Bregstein. Tevens Rb. Rotterdam, 28 april 1944, NJ 1944/45, 737.
108. Asser-Abas-Van Andel, blz. 70 e.v.
109. Zie zijn noot onder HR 9 mei 1947, NJ 1948, 448.
110. Bijvoorbeeld in Orleans was dat Saint Jean Baptiste (Pothier, Traité du Contrat de Louage, nr. 359, geciteerd in het arrest zelf).
111. Dit geval wordt niet genoemd maar volgt á contrario uit art. 1639f lid 3. Vgl. Levenbach N.B. Ontslagrecht, blz. 107.
112. Bles IV, blz. 6. In de oorspronkelijke tekst van art. 1639f heeft ook gestaan 'wordt geacht te zijn verlengd' in plaats van 'wederom te zijn aangegaan'. Bij de Tweede Lezing is zonder motivering de tekst veranderd.
113. V.V. Tweede Kamer, Bles IV, blz. 7.
114. Deze bescherming bestond alleen uit de bepaling van art. 1639i BW, welke zou gaan inhouden dat de minimumopzegtermijn gelijk diende te zijn aan de loonbetalingstermijn en dat de termijn voor de werkgever niet korter mocht worden gesteld dan voor de arbeider.
115. N.B. Ontslagrecht, blz. 10.
116. Wet van 17 december 1953, Stb. 619.
117. N.B. Ontslagrecht, blz. 10.
118. Het vereiste dat zonder tegenspraak moet zijn voortgezet, geldt hier niet. HR 20 oktober 1978, NJ 1979, 80.
119. Ktr. 's-Gravenhage 26 oktober 1973 (zie arrest HR 13 juni 1975, NJ 1976, 2 (Venditti-Lumms)).
120. Zie hieromtrent ook lid 4, dat bepaalt dat korte onderbrekingen aan het begrip voortzetten niet in de weg staan.
121. N.B. Ontslagrecht, blz. 10.
122. Vgl. art. 1639o BW, art. 6 BBA; Asser-5-III, blz. 218; Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 151; De Jong/Tonkens-Gerkema, aant. 6 bij art. 1639o BW; HR 13 juni 1975, NJ 1976, 2.
123. Vgl. HR 13 juni 1975, NJ 1976, 2, waarin er op wordt gewezen dat volgens lid 5 afwijking van lid 3 alleen is toegestaan bij cao of regeling door of krachtens een publiekrechtelijk orgaan. De werknemer kan daarom niet bij het sluiten van de over-

Noten

- eenkomst al afstand doen van zijn recht betreffende het eind van die overeenkomst.
124. Vgl. o.a. Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 151.
125. HR 20 april 1979, NJ 1979, 468 (Bruinsma-K.U.N.).
126. N.B. Ontslagrecht. blz. 107.
127. Idem.
128. Het reeds meerdere malen genoemde arrest HR 13 juni 1975, NJ 1976, 2.
129. A.N. Huizenga, Een leemte in de wettelijke regeling van de opzegging van arbeidsovereenkomsten, SMA 1977, blz. 649 e.v. Hij stelt voor de tekst van lid 3 te wijzigen in de zin die Levenbach (N.B. Ontslagrecht, blz. 107) al had aangegeven: wanneer een dienstbetrekking is voortgezet voor bepaalde tijd....'
130. Vgl. Minister Mulderije in de M.v.A. (blz. 16) bij het Ontwerp van Wet tot wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten (zitting 1947-1948, nr. 881).
131. M.v.T. (w.o. 11 022) blz. 19.
132. W.L.P.A. Molengraaff, Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse Handelsrecht, 9e druk, herzien door Chr. Zevenbergen, Haarlem, 1957, blz. 174.

Noten bij hoofdstuk 5

1. Vgl. Kingma Boltjes, blz. 373.
2. blz. 77.
3. Houwing, nr. 300. Zie ook nr. 24.
4. Het Hof Den Bosch (4 maart 1958, NJ 1958, 624) was van oordeel dat een maatschap, die een onderneming drijft en waarvan de boekjaren samenvallen met de kalenderjaren, tegen het einde van het boekjaar moet worden opgezegd.
5. Beantwoording rechtsvraag (82) arbeidsrecht, Ars Aequi 1979, blz. 170.
6. Schets blz. 90.
7. Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 190/191.
8. In de eerstgenoemde richting gaan Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht blz. 190 en De Jong/Tonkens-Gerkema, aant. 4 bij art. 1639h.
In de laatstgenoemde richting gaan: Asser-5-III, blz. 226; Bakels, Schets, blz. 90 en Van der Werf, Dag waartegen, begripsverwarring, NJB 1976, blz. 1105-1106, die verwijst naar HR 14 april 1927, NJ 1927, 736.
9. Bijv. naar gebruik: artt. 1607, 1623 BW; art. 7.2.1.3 Naar goede trouw: artt. 1686 BW; Art. 7.13.1.14, 7.6.5, 7.6.7 NBW.
10. Art. 74j K.
11. Ten overvloede verwijs ik hier nog eens naar hetgeen ik in noot 7 bij Hs. 4 heb opgemerkt omtrent de zgn. dereguleringsvoorstellen aangaande het ontslagrecht.
12. Regering in de MvA, Bles IV, blz. 25. HR 19 december 1913, NJ 1914, 308. In veel gevallen zal een cao een minimumtermijn bevatten.
13. Toel. blz. 945 e.v.
14. Levenbach, N.B. Ontslagrecht, blz. 8 e.v. Bakels, Schets, blz. 90; De Jong/Tonkens-Gerkema, aant. 5 bij art. 1639j; Zonderland, De Arbeidsovereenkomst, blz. 158; A.P. Funke, Onduidelijkheden in art. 1639i, j en k BW (artt. 7.10.5.5, 6 en 7 ontwerp nieuw BW) betreffende de termijnen van opzegging van arbeidsovereenkomsten, SMA 1976, blz. 435, e.v.
15. MvT w.o. 10 451.
16. Zie nr. 4.4.
17. MvT, blz. 42 (w.o. 3884).
18. Zie ook nog art. 6.5.2A.4 onder o NBW (w.o. 16 983), dat in algemene voorwaarden

een beding dat de consument een opzegtermijn van meer dan drie maanden oplegt, doet vermoeden onredelijk bezwarend te zijn.

Zie ook Rb. Amsterdam, 24 maart 1933, NJ 1934, 1000.

19. Deze termijn is als maximum bepaald in art. 43 AWBZ en art. 45 Zfw, voor de 'modelovereenkomst' voor die gevallen waarin zich geen bijzondere omstandigheden voordoen, die een kortere termijn rechtvaardigen.
20. Wanneer een partij op verlangen of instigatie van haar wederpartij (omvangrijke) investeringen heeft gedaan, dan heeft zij er in beginsel recht op dat de overeenkomst niet eerder wordt beëindigd dan dat zij die investeringen redelijkerwijs zal hebben kunnen terug verdienen. Dit klemt te meer als die investeringen niet voor de uitvoering van soortgelijke overeenkomsten met anderen bruikbaar zijn. Hier dringt zich de parallel op met het leerstuk betreffende de eisen van de goede trouw in pré-contractuele verhoudingen. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (m.n. C.J.H.B.): niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn terechtgekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst. Dit geldt vanzelfsprekend in nog sterkere mate indien reeds een overeenkomst is gesloten. Uit het feit van het sluiten van een overeenkomst, waarbij van de andere partij wordt gevraagd investeringen te doen in de uitvoering van de overeenkomst zelf (bijvoorbeeld: reclamemateriaal, verbouwing winkelruimte, voorraad-administratie gekoppeld of aangepast aan die van de leverancier, reparatiefaciliteiten voor de bepaalde produkten (auto's van een bepaald merk), etc.), zal in het algemeen de gerechtvaardigde verwachting ontstaan dat de wederpartij prijs stelt op een zodanige lange duur van de overeenkomst dat die investeringen terugverdiend kunnen worden. Dit terugverdienen zal moeten geschieden uit de te maken omzet. Wanneer vervroegd moet worden afgeschreven zal dit verlies betekenen. Deze schade kan worden beschouwd als 'gederfde winst'.
21. Art. 74o K (handelsagent heeft recht op passende vergoeding wanneer hij een klantentkring heeft opgebouwd die aan de onderneming van de principaal een aanmerkelijk hogere waarde verschaft). Lid 2 van dit artikel bepaalt een maximum. Vgl. ook artikel 1635a BW (bedrijfsruimte).
22. Zoals een verkorte termijn voor bijzondere gevallen (bijv. bij faillissement of dringende reden) zie hierboven. Van belang is ook de bevoegdheid van de rechter tot ontbinding buiten het geval van wanprestatie bij bijv. de arheidsovereenkomst (art. 1639w BW) of agentuurovereenkomst (art. 74m K). Bij die overeenkomsten heeft de rechter eveneens een matigingsbevoegdheid bij de toekenning van de schadeloosstelling (art. 1639r lid 5 BW; art. 74n K).
23. Bles IV, blz. 17.
24. Bles IV, blz. 25.
25. Bles IV, blz. 23. De tegenstrijdigheid van de betrokken belangen van de werkgever, die hem tot zelfbeperking moet aansporen, doet zich - gespiegeld - voor aan de kant van de arbeider. Kingma Boltjes wijst er in R.M. Themis 1912 blz. 373 terecht op dat de arbeider belang heeft bij een lange opzegtermijn maar bij een kleine betalingstermijn.
26. Bij de arbeidsovereenkomst zou het gaan om de dagen waarop het loon feitelijk pleegt te worden uitbetaald (Asser-5-III, blz. 226) terwijl het bij de huur van woonruimte gaat om de afgesproken dagen (art. 1623b BW).
27. MvT, blz. 42.
28. Vgl. HR 17 maart 1927, NJ 1927, blz. 1025.

Noten

29. Pk. Hof Arnhem, 6 maart 1972, P. 1973, 3111.
30. Rb. 's-Gravenhage, 3 mei 1949, NJ 1950, 152. Asser-Maeijer acht stilzwijgende opzegging van een vennootschap niet mogelijk (blz. 238). Deze stelling lijkt mij te absoluut.
31. Art. 1853 BW.
32. Bijv. 'verlenging niet wensen', art. 36 Pachtwet. Pk. Hof Arnhem, 14 mei 1962, P. 1962, 2326.
33. W.o. 16 983.
34. Deze bedingen zijn vernietigbaar. Art. 6.5.2A.2 NBW.
35. E.H. Hondius, Standaardvoorwaarden. Kluwer Deventer, 1978, blz. 290.
36. Toel. blz. 1102.
37. Aangezien een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil veronderstelt (vgl. art. 3.2.2 NBW), is er altijd sprake van een reden die tot de opzegging heeft geleid. De reden is het doel dat de opzeggende partij met het beëindigen van de relatie wenst te bewerkstelligen. Bijvoorbeeld: zich vrij te maken voor een andere relatie, zich te vrijwaren van verdere contractsschendingen door de wederpartij, zich te vrijwaren van verder contact met iemand in wie zij haar vertrouwen verloren heeft, etc.
38. Asser-Maeijer, blz. 234. Vgl. ook het Verslag van de vergadering van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, NJB 1985, blz. 422.
39. Of een reden onbehoorlijk is te achten, hangt af - uiteindelijk - van de omstandigheden van het geval. Van een aantal redenen kan echter gezegd worden dat ten aanzien van hen het vermoeden van onbehoorlijkheid zal bestaan.
Bijvoorbeeld:
 - redenen welke in strijd zijn met de fundamentele rechten van de mens of met de fundamentele rechtsbeginselen van ons recht. Gedacht kan worden aan die redenen welke een ontoelaatbaar onderscheid maken tussen de sexen of geloofs-overtuiging;
 - redenen die niets met de betreffende overeenkomst of haar uitvoering te maken hebben. Vgl. Rb. 's-Gravenhage, 21 juni 1927, W. 11804; Helmich, blz. 192;
 - redenen die uitsluitend of hoofzakelijk de strekking hebben de ander te benadelen. (Dat men met een opzegging zelf voordeel wenst te behalen of dat men met een opzegging de wederpartij schade berokkent, is op zichzelf inherent aan het optreden in het maatschappelijk verkeer en als zodanig niet onbehoorlijk te achten. Vgl. Hof Arnhem, 4 januari 1949, NJ 1949, 581).Vgl. voor het geval de opzeggende partij een gebruiker is van algemene voorwaarden in overeenkomsten met een consument art. 6.5.2A.4 onder d NBW, alwaar het vermoeden van onredelijkheid is uitgesproken van een opzeggingsgrond die niet in de overeenkomst is vermeld.
40. Zie hieromtrent nader bij de opzegverboden, nr. 4.5.1. De Dir. GAB bijvoorbeeld toetst of het ontslag niet onredelijk of sociaal ongerechtvaardigd wordt gegeven of gevraagd.
41. Vgl. HR 15 april 1966, NJ 1966, 302 m.n. G.J.S. (Sanders-Sanders) (belang van het hebben van woonruimte); Hof Arnhem 7 april 1937, NJ 1937, 915 (verhuurder wist dat het doel van de overeenkomst was de aanleg en exploitatie van tennisbanen, mede in het belang van de gemeenschap, mogelijk te maken).
Vgl. ook HR 20 maart 1981, AB 1981, 337 m.n. J.R.St. (het belang van het kunnen betrekken van zaken die in de particuliere sfeer strekken ter voorziening in de eerste levensbehoeften, speelde hier mede een rol om de afsluiting van gas en water onrechtmatig te achten).

Noten

42. Bijvoorbeeld: het eisen van het doen van grote (specifieke) investeringen. Zie ook noot 20 bij dit Hs.
43. Bij wettelijke contracteerplichten kan men denken aan:
Telegraaf en Telefoonwet (Stb. 1904, 7), art. 14;
Electriciteitswet (Stb. 1938, 523), art. 14;
Wet Economische mededinging (Stb. 1958, 413), art. 24 (bevoegdheid voor de minister van economische zaken om een leveringsplicht op te leggen, van welke plicht een derde een recht op nakoming kan ontleen (art. 26 WEM);
Ziekenfondswet, (Stb. 1964, 392), art. 47 en 48;
Algemene wet Bijzondere Ziektekosten (Stb. 1967, 617) art. 45.
44. Zie de aan de contracteerplicht ex art. 47 lid 1 Zfw gewijde overweging in HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 m.n. A.R.B. (Algemeen Ziekenfonds D.P.Z.)
45. a.w. blz. 234.
46. Een motiveringsplicht bestaat vanzelfsprekend eveneens indien deze door partijen is overeengekomen. In de wet komt een motiveringsplicht niet voor, behalve de indirecte bepaling van artikel 1639s BW (ontslag zonder opgave van redenen kan kennelijk onredelijk worden geacht). Ik breng hier in herinnering dat een 'opzegging' door een verhuurder van woonruimte of bedrijfsruimte geen opzegging is. Zie nr. 3.3.
47. Op het eerste gezicht lijkt daarom wellicht de stelling aannemelijk dat een buitengewone opzegging altijd een toereikende rechtvaardigingsgrond vereist. Aldus zou er geen verschil met het begrip buitengewone opzegging van Clavareau bestaan. Zie nr. 4.2. Bij het door mij aangehangen begrip buitengewone opzegging betreft de motiveringsplicht niet een (toereikende) rechtvaardigingsgrond, doch een motivering voor het standpunt waarom aan de voorwaarden, waaronder de bevoegdheid tot het doen van een buitengewone opzegging (dus op gemakkelijker condities dan die welke anders voor het doen van een opzegging gelden) bestaat, is voldaan.
48. Art. 1639o BW, art. 741 K. Een kleine tijdsruimte is dus geoorloofd. Vgl. Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 202.
49. Vgl. Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 234.
50. Toel. bij Boek 7 NBW (Algemene opmerkingen) blz. 832
51. Bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage, 5 december 1975, NJ 1977, 13
52. Art. 1623b en 1623i BW; Art. 1627, 1631, 1631d en 1632 BW. Art. 36 Pachtwet; art. 20 Wet CAO.
53. De bepaling dat de opzeggende partij op zodanige wijze moet opzeggen dat de wederpartij daarvan kan kennisnemen (artikel 1639nn van het - inmiddels ingetrokken - ontwerp van wet (nr. 10 111) betreffende een wettelijke regeling van de werkstaking) betekent een ontoelaatbare aantasting van het vertrouwensbeginsel dat (mede) aan ons contractenrecht ten grondslag ligt. Aarzelen hierover: Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 195.
54. Vgl. HR 7 december 1923, NJ 1924, 145 (i.c. ging het om de plicht tot onverwijld mededeling van de dringende reden ex. artikel 1639o BW).
55. Vgl. Rb. Amsterdam, 13 juni 1973, VR 1974, 43 (i.c. werd de opzegging van een verzekering aan de tussenpersoon niet geldig geacht).
56. Dit geldt ook in mijn visie van de in de tijd volgehouden 'duurtoestemming'. De wederpartij moet slechts op de hoogte komen van het feit dat zijn toestemming in de toekomst verder geen overeenkomst meer kan doen ontstaan.
57. Vgl. Hof 's-Gravenhage, 3 januari 1946, NJ 1946, 256 (krantenbericht of inschrijving in het handelsregister is onvoldoende).
58. Asser-Rutten-II, blz. 108; artikel 3.2.4 lid 3 NBW
59. Afwijkingen door contractuele ficties in algemene voorwaarden zullen verboden zijn indien artikel 6.5.2A.3 onder 1 NBW geldend recht is geworden.
60. Noot onder Rb. Maastricht, 21 juni 1979, PRG 1980, 1509.

Noten

61. J. Mannoury, De collectieve arbeidsovereenkomst, Alphen a/d Rijn, 1961, blz. 26.
62. In verband met deze problematiek pleegt men in het arbeidsrecht van onregelmatige versus onrechtmatige opzegging te spreken. De oorsprong hiervan ligt in art. 1639r lid 1 BW, alwaar van een 'regelmatige beëindiging' wordt gesproken. Deze terminologische kwestie is op zichzelf van weinig belang.
63. Vgl. Asser-Rutten-III, blz. 74 e.v.
64. Vgl. Hijmans van den Bergh, a.w. blz. 153.
65. Van Brakel, a.w. par. 456; Suijling, blz. 430; Clavareau, blz. 148; Van der Woude, blz. 202; Opzoomer, deel IX, blz. 135, noot 1.
66. Althans voor wat betreft de 'opzegging, gegrond op de bijzondere belangen van één der partijen (blz. 203). Voorstander van absolute geldigheid van de opzegging, waarbij niet de in acht te nemen opzegtermijn is gerespecteerd, met eventueel een plicht tot schadevergoeding, is Porumb, diss. Parijs, blz. 220.
67. Blz. 249.
68. Blz. 41.
69. Blz. 47.
70. Asser-Rutten-II, blz. 273.
71. Zie bijvoorbeeld: Ktg. Amsterdam, 4 december 1917, NJ 1917, blz. 1239; Rb. Rotterdam, 25 juni 1931, NJ 1932, 950; Hof Amsterdam, 28 april 1955, NJ 1955, 530; Hof Arnhem, 28 juni 1961, NJ 1962, 117; Hof Amsterdam, 13 november 1963, NJ 1964, 104; Rb. Maastricht, 16 mei 1963, NJ 1964, 52; Hof 's-Gravenhage, 3 juni 1965, NJ 1967, 84; Hof Amsterdam, 29 november 1966, NJ 1968, 336; Hof Amsterdam 10 mei 1979, NJ 1980, 369; Rb. Leeuwarden, 22 maart 1956, NJ 1956, 460; Hof 's-Hertogenbosch, 4 maart 1958, NJ 1958, 624; Pres. Rb. 's-Gravenhage, 14 december 1967, NJ 1968, 382; Rb. Rotterdam, 24 december 1923, NJ 1929, blz. 495; Rb. Haarlem, 29 juli 1941, NJ 1942, 106; Ktg. Amsterdam, 19 september 1921, NJ 1923, blz. 508.
72. Zie bijvoorbeeld: Rb. Utrecht, 3 december 1947, NJ 1949, 484; Pres. Rb. Arnhem, 21 oktober 1971, NJ 1971, 493; Vgl. ook Hof 's-Gravenhage, 5 december 1975, NJ 1977, 13.
73. HR 15 april 1966, NJ 1966, 302, m.n. G.J.S. (Sanders-Sanders); HR 13 februari 1976, NJ 1976, 343 (woongenot ex-echtgenote).
74. Door regeringscommissaris Snijders is dit standpunt later herhaald voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst op te korte termijn (opzegging is ongeldig en werknemer moet over laatste week loon krijgen in plaats van schadeloosstelling). Van Zeben-du Pon, blz. 202. Dit standpunt is moeilijk te rijmen met art. 1639o BW.
75. HR 23 januari 1981, NJ 1981, 284.
76. Van Zeben-du Pon, blz. 198 e.v.
77. Zie bijvoorbeeld: Rb. Leeuwarden, 22 maart 1956, NJ 1956, 460; Hof 's-Hertogenbosch, 4 maart 1958, NJ 1958, 624; Pres. Rb. 's-Gravenhage, 14 december 1967, NJ 1968, 382; Rb. Rotterdam, 24 december 1923, NJ 1929, blz. 495; Rb. Haarlem, 29 juli 1941, NJ 1942, 106; Ktg. Amsterdam, 19 september 1921, NJ 1923, blz. 508.
78. Hetzelfde geldt in het voorgestelde w.o. 17 779 ten aanzien van art. 7.7.1.10 lid 2 NBW (voor de opdrachtgever en de opdrachtnemer - voor de laatstgenoemde, wanneer hij in de uitoefening van bedrijf of beroep handelt, slechts wanneer hij een gewichtige reden heeft).
79. In dezelfde zin de Toel. blz. 980.
80. In dezelfde zin de Toel. blz. 945.
81. Asser-Rutten-I, blz. 153/154.
82. Hier komt het bijzondere van de beëindigingssituatie tot uiting. Van een verplichting om door te gaan met contracteren (vgl. mijn model van de duurovereenstemming nr. 2.4) kan eenvoudig nakoming worden verkregen doordat aan de rechtshandeling, die aan het voortzetten van de contractering een einde zou moeten

maken, rechtsgevolg wordt onthouden. Zulks in tegenstelling tot nakoming van een plicht tot het aangaan van een contract in het algemeen; alsdan zal men zich moeten behelpen met een dwangsom-constructie. Eventueel zal de rechter genegen kunnen zijn een vonnis te wijzen waarin wordt bepaald dat dit vonnis in de plaats treedt van de achterwege gebleven verklaring. Art. 3.11.4 NBW. Zie over dit artikel en de toepasselijkheid ervan onder het huidige recht, Asser-Rutten-I, blz. 160; A.R. Bloembergen, Toestemming; een eenzijdige rechtshandeling, Geschrift nr. 2 Reeks Studiekring Drion, Deventer 1971, blz. 22.

83. Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Zwolle, 7 september 1984, K.G. 1984, 299.
84. Wanneer het niet naleven van een formaliteitseis tot gevolg heeft dat de wederpartij geen kennis heeft gekregen van de opzeggingsmededeling, dan is er geen sprake van een voltooide rechtshandeling en heeft de mededeling reeds daarom niet het beoogde rechtsgevolg.
85. Wanneer een onbehoorlijke reden aan de opzegging ten grondslag heeft gelegen, lijkt mij conversie in strijd met het 'onbehoorlijkheidskarakter' van de rechtshandeling. Een wil tot het verrichten van een daad welke onbehoorlijk is, verdient niet het rechtsgevolg te worden toegekend van een wil tot een wel behoorlijke daad.
86. Zowel ten aanzien van de onbehoorlijke als de eventueel vereiste toereikende rechtvaardigingsgrond, moet worden aangenomen dat conversie van de nietige rechtshandeling op grond van een later opgekomen reden, welke niet onbehoorlijk c.q. wel toereikend is, niet aanvaardbaar is. Dit zou volstrekt onredelijk jegens de wederpartij zijn. Aangenomen mag m.i. worden dat ook de Hoge Raad deze mening is toegedaan. Vgl. HR 16 februari 1973, NJ 1973, 163 en HR 12 november 1976, NJ 1977, 140, in welke arresten overwegingen werden gewijd aan de vraag of conversie is toegestaan indien een geldige reden bestaansvoorwaarde is voor het in beginsel kunnen bestaan van een opzeggingsbevoegdheid en ten tijde van het doen van de opzeggingsmededeling een geldige reden zou hebben ontbroken. Deze vraag werd in ontkennende zin beantwoord.
87. Aldus is op te maken uit HR 23 januari 1981, NJ 1981, 284.
88. Alleen bij de opzeggingsregeling van een c.a.o. kan men hierover twifelen. Zie nr. 5.3 (formaliteitseis kan bedoeld zijn als drempel om tijdens onderhandelingen op te zeggen).
89. M. Overkleef-Verburg/L. Roijackers, Een redelijk ontslag?, De ontslagprocedure van artikel 6 BBA, Ars Aequi 1977, 2e druk, blz. 168, e.v. Meer algemeen: Asser-5-III, blz. 231; Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz. 171; M.M. Olbers, Conversie in het ontslagrecht, NJB 1977, blz. 1067; C.H.J. Van Leeuwen, Conversie kwam te paard; gaat zij te voet?, NJB 1982, blz. 773.
90. Min of meer constante jurisprudentie sedert HR 19 november 1948, NJ 1949, 86. Weliswaar gaat het in dit geval niet om conversie van een opzegging, die nietig is omdat zij geschiedt zonder inachtneming van een uitoefeningsvoorschrift, doch wegens het ontbreken van een van de bestaansvoorwaarden voor de 'beginsel-bevoegdheid' voor de opzegging, (de toestemming van de Dir. GAB), doch het leek mij juist, gezien de grote mate van overeenstemming in beide gevallen, hieraan op deze plaats aandacht te besteden.
91. In dit opzicht onderscheidt de onderhavige casuspositie zich verregaand, zo niet wezenlijk, van die waarin de conversie-figuur in ons recht werd geïntroduceerd: HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120.
92. Opgemerkt zij dat in de casus van HR 23 januari 1981, NJ 1981, 284 anders lag.
93. Asser-Rutten-I, blz. 155 e.v.
94. Zie hierover nader nr. 4.4.
95. Ook vanuit juridisch opzicht kunnen 'praktische' problemen rijzen. Bijvoorbeeld de vraag of wellicht Paulianeus gehandeld is (art. 37 Faillissementswet). Indien de over-

Noten

- eenkomst (door opzegging) is geëindigd kunnen geen verdere verplichtingen meer opeisbaar worden.
96. Recentelijk bijvoorbeeld: HR 1 juli 1983, NJ 1984, 149 m.n. P.A.S.; Hof 's-Hertogenbosch, 14 augustus 1984, NJ 1985, 414 (bevestigend Pres. Rb. Maastricht, 12 april 1983).
 97. Pk. Hof Arnhem, 21 november 1977, P. 1978, 3359; HR 22 juli 1976, NJ 1977, 6 m.n. P.Z.; Ktg. Amsterdam 15 december 1983, PRG 1983, 2179; Vroegere uitspraken zijn bijvoorbeeld: Ktg. Amsterdam, 19 september 1921, NJ 1923, blz. 508; Hof 's-Gravenhage, 11 februari 1929, NJ 1929, 951; Ktg. Zutphen, 2 januari 1931, W. 12 291. Asser-Maeijer, blz. 238. Contractenrecht, (losbladig) Kluwer, Deventer, nr. 305.
 98. D.L. Rodrigues Lopes, Pacht, Deventer 1980, blz. 121
 99. Hof 's-Gravenhage, 5 december 1975, NJ 1977, 13 (i.c. viel de beslissing in het na-deel van de opzeggende partij uit).
 100. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 21 april 1943, NJ 1943, 649; Asser-Maeijer, blz. 238. Hof 's-Hertogenbosch, 27 april 1937, NJ 1938, 15 (aanvaarding van de geldigheid geschiedde door de mededeling van de wederpartij, dat zij met sancties dreigde als de opzeggende partij bij de opzegging zou blijven).
 101. Deze rechtsonzekerheid is voor de Hoge Raad aanleiding geweest nog eens te bevestigen dat de artt. 1302 en 1303 voor wat betreft de maatschap toepassing missen: HR 3 december 1948, NJ 1949, 358. Ten aanzien van de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* heeft hij hetzelfde beslist: HR 21 december 1956, NJ 1959, 180. Voor wat betreft de opzegging doemt hetzelfde schrikbeeld op.

Verkort aangehaalde literatuur

Arbeidsovereenkomstenrecht	W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, Alphen aan de Rijn, 13e druk, 1983.
Asser-Abas-Van Andel	Mr. C. Asser's, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Huur en Pacht, 5e druk, door P. Abas en J. van Andel, Zwolle, 1981.
Asser-5-II	idem, Huur, Pacht, Bewaargeving, Bruikleen, Verbruikleen en Borgtocht, 4e druk, door P. Abas, J. van Andel en W.M. Kleijn, Zwolle 1976.
Asser-5-III	idem, Opdracht, Arbeidsovereenkomst en Aanneming van werk, 5e druk, door P.J.G.M. Coehorst, L.J.M. de Leede, en H.O. Thunissen, Zwolle 1983.
Asser-Rutten-I	idem, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, 6e druk, door L.E.H. Rutten, Zwolle 1981.
Asser-Rutten-II	idem, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, 6e druk, door L.E.H. Rutten, Zwolle 1982.
Asser-Maeijer	idem, Bijzondere Overeenkomsten V (maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap) 4e druk, door J.J.M. Maeijer, Zwolle 1981.
Schets	H.L. Bakels en L. Opheikens, Schets van van het Nederlands arbeidsrecht, 5e druk, Deventer 1980.
Barneveld, Van	H. van Barneveld, Inleiding tot de Algemene Assurantiekennis, 6e druk, 's-Gravenhage 1969.
Bles	A.E. Bles, De arbeidsovereenkomst, 4 delen, 1907-1909.
Bouwrecht	W.A.M. Cremers, Bouwrecht 1931, met supplement 1934.
Brakel, van	S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht, Tweede deel, 2e druk, 1950.
Burg, van der	V.A.M. van der Burg, Schade- en sommenverzekeringsrecht, Deventer 1973.
Canes	S.G. Canes, Critische systematische commentaar op de wet op de arbeidsovereenkomst, 1908.

Verkort aangehaalde literatuur

Clavareau	P.J.A. Clavareau, Opzegging, R.M. Themis 1943, blz. 119 e.v.
Diephuis	G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, 1885-1890.
Dunné, van	J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss. Leiden 1971.
Haan, de	P. de Haan, Pachtrecht, Zwolle 1969.
Houwing	Ph.A.N. Houwing, de Pachtwet (losbladig) Deventer.
De Jong/Tonkens-Gerkema	Arbeidsovereenkomst, (losbladig), Deventer.
Kingma-Boltjes	Enkele opmerkingen over onze regeling der opzegging van arbeidsovereenkomsten van onbepaalde duur, R.M. Themis 1912, blz. 373.
Land-Losecaat Vermeer	V, Overeenkomsten, 2e druk, bewerkt door C.W. Star Busmann en P.A.J. Losecaat Vermeer, 1915-1932.
N.B. Ontslagrecht	M.G. Levenbach, Nieuw Burgerlijk rechtelijk Ontslagrecht, Samson, 1954.
Opzoomer,	Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door C.W. Opzoomer, 1894.
Pitlo 1964	Het verbintenissenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek door A. Pitlo, 6e druk, Groningen 1964.
Pitlo-Bolweg	idem, in samenwerking met M.F.H.J. Bolweg, 8e druk, 1979.
Pitlo-Frenkel	Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 3A, De benoemde overeenkomsten, Titel 7A De arbeidsovereenkomst, in samenwerking met B.S. Frenkel, Arnhem 1977.
Préadvies 1952	Bestaat er behoefte aan een wettelijke regeling voor de beëindiging van duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, in de opzegging waarvan niet is voorzien?, Préadviezen voor de Nederlandse Juristenvereniging, 1952, door L.J. Hijmans van den Bergh en H. Winkel.
Stigter/Ploeg	D.C.M. Stigter en A.G. Ploeg, Levensverzekering, Juridische, wiskundige en fiscale beschouwingen, herzien door M.J.M. van Baarle, 9e druk 1983.
Suijling	Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e druk, 2e stuk, 1e gedeelte, Haarlem 1934.
Vollmar	Nederlands Burgerlijk Recht, derde deel, Verbintenissen- en bewijsrecht, 2e druk, 1952.
Zeben, van/du Pon	C.J. van Zeben en J.W. du Pon, Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe burgerlijk wetboek, met medewerking van M.M. Olthof, Deventer 1981.

Personenregister

(De noten op de vermelde bladzijden zijn hierin mede begrepen)

Abas	7, 16, 17, 19, 22, 40, 70, 72, 75, 97, 98, 108, 119, 120, 123.
Andel, van	35, 36, 51
Arnold	44
Asscher-Vonk	39, 44
Bakels	39, 58, 61, 109, 111
Barneveld, van	48, 52, 53
Berge, van den	30
Berger	32
Bloembergen	79, 124
Bolweg	19, 31
Bongers	28
Boom, van de	92
Bosch	30
Brakel, G.J. van	9, 11
Brakel, S. van	74, 85, 120
Burg, van der	53
Canes	37
Christe	84
Clavareau	16, 17, 73, 74, 88, 94, 117, 120, 136
Coehorst	1, 66, 75, 86, 89
Cremers	56, 57, 70, 85
Déking Dura	32
Dienske	63
Diephuis	19, 33, 37, 73
Dorhout Mees	30, 53
Dorrestein	53
Dorresteyn	94
Drion	67
Drucker	79
Duk	70
Dunné, van	10, 17, 21, 72, 75, 121, 123, 136
Einnatz	88
Feltz, van der	54, 55
Frenkel	44, 61, 64, 109
Funke	111
Gaay Fortman, de	63, 74, 136
Gierke, von	26
Goudsmit	37
Grinten, van der	39, 61, 66, 71, 82, 84, 102, 109, 117, 119, 125

Personenregister

Groot, de	2
Haan, de	36
Hamel, van	37
Hartkamp	67
Helmich	9, 75
Heuvel, van den	58, 80, 91
Heymans van den Bergh	9, 16, 17, 25, 26, 31, 74, 75, 76, 120, 136
Hofmann	1, 7, 16, 17, 19, 22, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 40, 69, 72, 75, 120, 123, 136
Hondius	115
Houten, van	2
Houwing	9, 35, 36, 51, 95, 109
Huizinga	103
Idsinga	59
In 't Veld-Meyer	55
Jong, E.P. de	39, 48, 58, 102, 109, 111
Jong, N. de	78
Kamphuisen	32, 39, 56, 57, 58, 60, 104
Kaser	24
Kingma-Boltjes	15, 41, 108, 113
Kist	78
Kleyn	83, 85
Kok, de	72
Köster	17, 20
Land-Losecaat Vermeer	37, 49
Langemeijer	8
Leede, de	39, 61, 64, 109, 114, 125
Leeuwen, van	125
Levenbach	24, 37, 39, 44, 60, 61, 62, 100, 101, 102, 103, 111, 135
Lubach	80
Maeijer	33, 48, 114, 116, c.v., 127
Mannoury	120
Meyerink	71
Meijers	2, 15, 35, 37, 60, 61, 71, 74, 98, 109
Molenaar	39
Molengraaff	104
Molitor	73
Mulderije	103
Naber	38, 61, 63, 92
Nieuwenhuis	20
Noyon	52
Okma	9
Olbers	71, 125
Oosten, van	77
Opstall	1, 16, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 75, 136
Opzoomer	24, 32, 33, 81, 120
Overkleeft-Verburg	125
Palandt	77
Pitlo	19, 31, 44, 61, 75
Ploeg	30, 54
Polak	67

Personenregister

Porumb	74, 80, 120
Praag, van	56, 70
Raalte, van	59
Rood	61
Rodrigues Lopes	127
Roijakkers	125
Rutgers	113
Rutten	9, 16, 17, 19, 24, 26, 31, 40, 75, 119, 120, 121 123, 124, 126, 136
Savatier	28
Scholten, G.J.	116, e.v., 122
Scholten, J.H.	37
Schut	21
Snijders	121
Stigter	30, 54
Suijling	9, 10, 16, 69, 72, 74, 120, 136
Ten Kate	74
Thunissen	56, 57, 69
Tonkens-Gerkema	39, 58, 102, 109, 111
Völlmar	49
Vries, B. de	88
Vries, J. de	37
Waarden, van	71
Wallbach	63
Werf, van der	75, 109
Westermann	53
Wijngaarden, van	56, 57
Winkel	9, 73, 74, 75, 76, 90, 120, 136
Woude, van der	74, 120
Wubbe	24
Zevenbergen	104
Zonderland	39, 61, 70, 111

Zakenregister

(dit register dient ter aanvulling van de inhoudsopgave)

aanbod/acceptatie	21, 24, 25, 61
aangetekend schrijven	118 e.v. 140
aannemen van werk	55, 85, 135, 137
aanpassingsschade	12 e.v., 110, 132, 139
maximum	12 e.v.
aanzegging, feitelijke	19, 52
actief slaken	62 e.v.
afhankelijkheidsfactoren	6
absolute	6
relatieve	6
afhankelijkheidspositie	131, 138
afkoelingsperiode	24, 66, 82
afstand van recht	51, 54 e.v., 84, 137
afwikkelingskosten	12 e.v., 110
agentuurovereenkomst	65, 86, 102, 108, 110, 111, 112, 117, 126 137, 139, 140, 141
algemene voorwaarden	115, 118
misbruik	115
annulering	17
arbeidsovereenkomst	37, 58, 70, 83, 87, 108, 111, 112, 113, 117, 123, 126, 132, 135, 136, 137, 139, 140, 141
opzeggingsverboden	14, 89, 91 e.v.
oudere arbeider	111
proeftijd	84, 112
reglement	69, 108
voortzetting van ...	100 e.v.
arbeidsverhouding	57, 61, 71, 92 e.v. 123, 125, 126, 140
autonomie	8, 85, 97, 98, 116, 134
autonomiebeginsel	21
autonomierecht	4
beëindigingsovereenkomst,	
aanbod tot een	18, 20, 50, 127
beëindigingstegemoetkoming	14, 82, 85
beleidsrecht	5, 9, 83, 91, 92, 95, 96, 138
bemiddelingsovereenkomst	126
bescherming zwakke partij	5
betaaldag	109, 139
betalingstermijn	111, 113 e.v. 139
bewaargeving	33, 48, 83, 85, 123

Zakenregister

bewijslastverdeling	94, 95
borgtocht	83
bruikleen	2, 33, 48, 76, 83, 85, 87, 88, 91, 112, 123, 137
buitengewone opzegging	140
causabeginsel	21
cao	83, 104, 108, 118, 136, 140
collectief verzekeringscontract	30
colportage	66
constitutieve aard, bepalingen van	20
consument	86, 87, 115, 118
contracteerplicht	78, 116, 117, 140
contracten, reële	134
conversie	122 e.v. 124 e.v. 126, 129, 140, 141
conversie als berekeningsgrondslag	124
correctierecht	4
inhoudelijk	5, 8
instrumenteel	5, 8
dag waartegen	99, 124, 128, 129, 138
gebruik	110
ratio	109
Dauerschuldverhältnis	26, 77
deurwaardersexploit	118 e.v. 140
dienstbodenrecht	58 e.v.
duur, maximum-	132, 134
duur, minimum-	132, 134, 137
duurtoestemming	21 e.v. 80, 81, 97, 133, 136
eigenrichting	8, 88
erfpacht	67
executie, reële	126
faillissement	87, 112, 137, 139
feitelijke relatie	47, 96
formaliteitseis	114, 124, 125, 127, 129
gewekte verwachting	116, 126
handelsreizigersovereenkomst	108, 111, 139
hanteerbaarheid van wetgeving	67
herroeping	17, 56, 66
HR, standpunt	79
opzegbaarheid van de huur/verhuur	34, 50, 76, 91, 98, 111, 123, 132, 134
bedrijfsruimte	35, 51, 87, 93 e.v. 108, 112, 119, 123, 137, 138, 140
onroerende goederen	111

Zakenregister

woonruimte	35, 50, 76, 93, e.v. 108, 109, 111, 112, 113, 118, 121, 123, 126, 139, 140
institutie	47
juridische wil	23
kadercontract	30, 31
kalendermaand	108, 139
kennelijk onredelijk ontslag	113, 139
kort geding	128, 142
lastgeving	66, 112, 114
levensverzekering	54, 123
afkopen van	54
'als vervallen kunnen beschouwen' van	55
doen afkopen van	54
staking premiebetaling	54
'vernietigen' van	55
leverantieovereenkomsten	30
lidmaatschapsverhouding	66
lijfrente	65, 88, 91, 123, 137
maandlonen	109
maatschap (vennootschap)	2, 32, 91, 104, 114, 116, 123, 132, 137
machtspositie	5, 26
markteconomie	3 e.v.
marktmechanisme	131
maximumduur	31, 87, 100, 105, 132, 134
mededeling, persoonlijke	119
mededeling, telefonische	127
melding collectief ontslag	64 e.v.
minimumduur	31, 90, 92, 101, 105, 132, 134, 137
motivering	73, 75, 115
motiveringsplicht	94, 115, 129, 139
nietigheid	120 e.v.
non-opzegging	61
onbehoorlijke reden	139
onderhandelingsproces	5
ongeschonden vertrouwen	88, 123, 126, 137, 139, 141
ontbindende voorwaarde	35, 44
ontbinding bij wanprestatie	16, 17, 127
ontbinding door de rechter	17, 89, 93, 127
ontslag, kennelijk onredelijk	113, 139
onvoorziene omstandigheden	79, 89, 115
oogstjaren	35, 109, 133
opdracht	39, 77, 84, 86, 89, 91, 121
'opendeur' bepalingen	91
opzegbaarheidsbeginsel	74, 80, 90

Zakenregister

opzegging	
actief slaken	62 e.v.
buitengewone	72, 112, 117, 140
definitie	15 e.v. 17, 131
gedeeltelijke	70
gerechtelijke	51, 52, 53
intrekken	81, 134
non-existente	120
non-opzegging	61
oneigenlijke	51, 72
stilzwijgende	49, 54, 60, 61, 70
tijdige	101
tussentijdse	54, 70
tweede	82
voorafgaande	102
voorwaardelijke	70, 125, 135
opzeggingsfictie	70
opzeggingsgrond	73
onbehoorlijke reden	116 e.v. 124
rechtvaardigheidsgrond	116, e.v. 124, 129, 140, 141
opzegtermijn	14, 23, 59, 82, 99, 102, 110, 124, 128, 129, 138, 139
gebruik	113
koppeling aan 'contra-	
prestatieperiode	113
maximum	114
ratio	110
overeenkomst op afroep	30
overlijden contractspartij	87, 112, 137
overmacht	7
overname personeel	14
pacht	35, 51, 92, e.v. 108, 112, 114, 118, 127, 133, 134, 137, 139, 140
pactum de contrahendo	36
pauschal-verzekering	30
personenrechtelijke inslag	
(van duurrelatie)	26
persoonlijke mededeling	119
planeconomie	3 e.v.
procesrisico	8
raamcontract	30, 31
rechtsverwerking	127
rechtswege, einde van	19, 96 e.v.
rechtszekerheid	107, 118 e.v.
reële overeenkomsten	48
ruilverkeer	3 e.v. 47

Zakenregister

schade	12, 110
zie verder aanpassingsschade	
en afwikkelingskosten	
schadevergoeding	120 e.v.
sekwestratie	50
sociale rechtsstaat	4
societas	24
spaarcontract	30
staking	113
studie- en sollicitatieverlof	14
subjectief recht	9, 45, 78
telefonische mededeling	127
tijdsbepaling	69, 108
tijdsduurbepaling	28 e.v.
tijdseenheid, bepaalbaar per	133
tijdstip	27 e.v.
tijdsverloop	27 e.v.
Treu und Glauben	77
uitlotingsplan	34
vennootschap (maatschap)	2, 32, 91, 104, 114, 116, 123, 132, 137
verandering van omstandig-	
heden	7, 87, 115, 137
verbruikleen	33, 48, 85, 88, 91, 111, 112, 123, 137
verhouding opzegging-	
overeenkomst	19, e.v. 72, 80, 132, 133
vernemingstheorie	119
vernietigbaarheid	120 e.v.
vernietigen van	
levensverzekering	55
verplichting tot nakoming	124
vertrouwen, ongeschonden	88, 123, 126, 137, 139, 141
vertrouwensbeginsel	21, 133
vervoersabbonnement	30
verzekering	51
dubbele schade-	51
mededelingsplicht	88
overgang verzekerd belang	53, 88
verzwaring risico	88
weigering overname	53
ziektekosten-	118
levens- afkopen	54
levens- doen afkopen	54
volmacht	66, 119
voorstel 6.5.2.10a NBW	134
voortzetting	138
wanprestatie	7, 18, 38, 56, 88, 124, 131, 139
wederinkoop voorraad	14
weeklonen	109

Zakenregister

wilsgebreken	127
wilsverklaring	114, 139
zekerheid	81
zorgvuldigheidsnorm	11

Register van wetsartikelen

Burgerlijk Wetboek

Boek 2

35	66
36	66
37	58
161	58
164	58
271	58
274	58
356	58

Boek 3

779	67
-----	----

Boek 4

1289	28
1302	56, 87
1304 e.v.	33
1306	28, 85
1349	21
1356	9, 21 e.v. 40, 45, 47, 66, 80, 97, 133
1357-1387	21
1369	40
1374 lid 1	19, 20, 21, 59, 73, 75, 132
1374 lid 2	9, 19, 20, 45, 56, 74, 75, 80, 123, 132
1374 lid 3	9, 11, 52, 78, 98, 122
1375	9, 11, 35, 74, 98
1440	84
1584	34
1606-1608	50
1606	35, 37, 132
1607	35, 37, 97, 110, 132
1609	98
1615	91, 137
1616	50
1623	98, 99, 110, 138
1623a	35
1623b	35, 50, 51, 108, 111, 112, 113, 114, 118, 123, 139, 140
1623c	35, 50, 51, 93
1623d	35, 50
1623e	93, 95

Register van wetsartikelen

1623f	51
1623i	112, 118, 139
1625	35, 93, 138
1626	35, 96
1627	93, 112, 118, 140
1627a	51, 93
1628	92
1631	35, 51, 112, 118, 123, 140
1631a	93
1631d	93, 118, 123, 140
1632	87, 112, 118, 137, 140
1635a	113
1637 (oud)	37
1637a	57
1637k	58, 69
1637x	58
1637ij	58, 91, 95, 137
1638p	58
1638s	58
1638aa	58
1638cc	58
1638dd	58
1638ii	58
1638ll	58
1639 (oud)	37
1639e	15, 37, 38, 39, 40, 58, 61, 100 e.v. 132
1639f	39, 58, 64, 100 e.v. 132, 104, 105, 136
1639g (oud)	38, 39, 58
1639g	58, 62, 64, 82
1639h	58, 61, 73, 89, 91, 95, 103, 108, 137, 139
1639i	58, 72, 111
1639j	58, 72, 111
1639k	73
1639l (oud)	60
1639l	87
1639m	39, 58, 87, 132, 137
1639n	58, 60, 63, 84, 115
1639o	19, 44, 57, 58, 60, 61, 64, 73, 82, 86, 88, 89, 91, 95, 102, 112, 117, 119, 122, 137, 140
1639p	44, 89, 95
1639q	44, 89, 95
1639r	58, 89, 113, 120
1639s	58, 113, 117, 122
1639t	58
1639u	58, 122
1639v	19, 58, 83, 112, 137
1639w	58, 89, 95, 113
1647	19, 55, 56, 73, 85, 136, 137, 140
1648	87
1683	19, 32, 87, 88
1684	2, 32, 33, 133
1686	32, 33, 90, 110, 137

Register van wetsartikelen

1687	116
1731	48
1762	33, 48, 85
1763	2, 48, 49, 83, 137
1766	49
1772	50
1777	33, 48
1787	33, 48, 91, 137
1788	2, 83
1791	48
1796	33, 34, 48, 91, 137
1797	48
1798	33
1800	33
1801	33
1821	91, 137
1829	66
1859	66, 67, 87, 88
1853	114
1854	112
1639f (ontwerp 13 656)	61, 63, 65
1639nn (ontwerp 10 111)	58
2663 (ontwerp 1820 BW)	61

Nieuw Burgerlijk Wetboek

Inleidende titel (oud)	
8	9
3.1.1.14	9
3.2.2.	114, 116
3.2.3	23
3.2.4	23, 114, 115
3.2.5	69, 71, 135
3.2.7	122
3.2.8	122, 140
3.3.1	66
3.3.11	66
3.6.1.13	50
3.11.4	124
5.7.1.2-5.7.1.2b	67
6.1.6.9	28
6.1.6.9a	85
6.1.7.1 e.v.	84
6.1.7.3	49
6.1.8.7	49
6.5.2.1 e.v.	21, 25
6.5.2.2	25
6.5.2.10	40, 46
6.5.2A	115
6.5.2A.2	115

Register van wetsartikelen

6.5.2A.3	118, 119
6.5.2A.4	112, 115, 116, 118
6.5.3.1	123
6.5.3.1.1	79, 87, 89
6.5.4.6	7, 88
6.5.4.8	18
6.5.4.10	18
6.5.4.14	18
7.2.1.3	34, 49, 83, 111, 123
7.2.1.4	49, 88, 112
7.2.2.4	49
7.4.4.3	83, 108, 111, 113, 123
7.4.4.6	99
7.6.1	49
7.6.5	34, 49, 83, 110, 123
7.6.6	49, 87, 88, 112
7.6.7	49, 83, 110
7.7.1	90
7.7.1.10	39, 86, 91, 123
7.7.1.14	86
7.7.1.16	86
7.7.2.1	66
7.9.1.6	49, 83
7.9.6	85, 123
7.9.8	50
7.10.1.4	70
7.12.14	57, 70, 85, 135
7.13.1.12	33, 85
7.13.1.13	104
7.13.1.14	91, 110, 123
7.14.2.5	83
7.17.1.4	55
7.17.1.5	88, 123
7.17.1.7	123
7.17.1.13	55, 118
7.17.2.5	52, 88, 123
7.17.2.7	53, 123
7.17.2.11	88, 123
7.17.3.12	55, 88
7.17.3.17	55, 88
7.18.2	65, 88, 123

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen

1	63, 123
4	58
6	5, 19, 58, 61, 64, 65, 71, 73, 84, 91, 95, 102, 123, 135, 137
9	62, 92
11-20	95
21	62

Register van wetsartikelen

Wetboek van Koophandel

74i	65, 103, 104
74j	82, 104, 108, 111, 135, 139
74k	89, 137
74l	88, 89, 112, 117, 137, 140
74m	89, 113
74n	89, 113
74o	113
74r	103
75b	108, 111, 139
75g (oud)	104
252	52
263	53
272	51, 52, 53, 135
277	52
278	52
281	53

Faillissementswet

37	87, 126, 137
38a	87, 137
39	89, 112, 137
40	58, 87, 112, 137
73	58
238	87, 112
239	58, 87, 112

Algemene Bijstandswet

1	4
---	---

Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten

43	112
45	116

Arbeidsomstandighedenwet

8	92
14	92
18	92
19	92

Wet assurantiebemiddeling

3	5
---	---

Code Civil

1794	56, 86
1736 t/m 1738	99

Register van wetsartikelen

Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst

18	83
19	83, 104, 123
20	118, 120, 140

Colportagewet

25	66
24	66

KB 11 juli 1975

1	66
2	66

Ministeriele beschikking 24 juli 1975

-	66
---	----

Wet Economische Mededinging

24	2, 116
26	2, 116
41	2

Electriciteitswet

14	116
----	-----

Huurprijzenwet woonruimte

-	96
---	----

Wet op het Leerlingenwezen

11	5
16	5

Wet op het Levensverzekeringsbedrijf

8	58
20	5
51	5, 58

Wet melding collectief ontslag

2	58, 65
3	58
4	58
6	58, 65
7	58
8	64

Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

-	95
---	----

Wet op de Ondernemingsraden

20	58
21	58, 65, 73, 92, 94, 95, 137

Register van wetsartikelen

Pachtbesluit

10 35

Pachtwet

8 37
9 37, 132
12 35, 51, 92, 133, 137
13 t/m 19 95
19 95
36 51, 92, 112, 115, 118, 140
38 92
45 92
47 51
55 95
56 95

Pensioen- en Spaarfondsenwet

- 54

Telegraaf en Telefoonwet

14 116

Uitvoeringsbesluit art. 1637s BW

7 58

Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap

85 2
86 2

Werkloosheidswet

21 58

Ziekenfondswet

44 77
45 77, 112
47 77, 78, 79, 116
48 77, 116

Curriculum vitae

1945	geboren te Apeldoorn
1965	eindexamen Gymnasium beta aan het Geert Groote College te Deventer
1965-1972	dienst bij de Koninklijke Luchtmacht (Officier Meteorologie)
1969-1974	studie Nederlands Recht aan de Katholieke Universiteit van Nijmegen
1974-1976	beleidsambtenaar bij het Ministerie van Economische Zaken te 's-Gravenhage
1976-1982	wetenschappelijk medewerker sociaal en economisch recht bij de Katholieke Universiteit van Nijmegen
1982-1984	gerechtsauditeur bij (en vanaf januari 1983 rechter-plaatsvervanger in) de Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch
1984-heden	rechter in genoemd college

STELLINGEN

1. De rechter-commissaris in strafzaken dient de bevoegdheid te worden toegekend om het door hem gegeven bevel tot bewaring op te heffen. (Thans kan hij - evenals de officier van justitie - de verdachte 'slechts' in vrijheid stellen.)
2. Ieder van partijen bij een duurovereenkomst is in beginsel bevoegd die overeenkomst door opzegging te beëindigen voorzover niet uit de partij-afsprake zelf of uit de wet het tegendeel volgt.
3. Wanneer de gemeente door toedoen van de uitkeringsgerechtigde ten onrechte een uitkering of een te hoge uitkering krachtens de Wet Werkloosheidsvoorziening heeft verstrekt, kan zij een nieuwe beslissing met terugwerkende kracht in het nadeel van de betrokkene nemen en het blijkens die beslissing teveel betaalde als onverschuldigd betaald ex artikel 1395 BW terugvorderen. De speciale, met waarborgen voor de uitkeringsgerechtigde omklede regeling op dit punt in de artikelen 27, 31 ev. en 34 WWV verzet zich tegen de mogelijkheid om met voorbijgaan aan deze regeling het teveel betaalde van de uitkeringsgerechtigde terug te vorderen als vergoeding voor de schade die hij heeft veroorzaakt door het plegen van wanprestatie of een onrechtmatige daad, zoals met name bedrog.
4. Ook bij de beëindiging tijdens de proeftijd van een arbeidsovereenkomst dient de goede trouw in acht te worden genomen.
5. Het verdient aanbeveling het verhoor van de patient in het kader van de Krankzinnigenwet in een zo informeel mogelijke sfeer te laten verlopen en met name elke associatie met een strafproces te vermijden. De toegenomen aandacht in de jurisprudentie voor de naleving van formaliteitseisen en procedureregels dient hierin geen verandering te brengen.
6. De termen 'bepaalde tijd' en 'onbepaalde tijd' hebben in het overeenkomstenrecht een dubbelzinnig karakter.
7. Zowel in de bestaande wetgeving als in Boek 7 van het NBW is het opzeggingsbegrip op nodeloos verschillende wijzen opgenomen.
8. Een overeenkomst die, door het voortzetten van de feitelijke relatie na het moment waarop het intreden van het einde van de overeenkomst was voorzien, stilzwijgend wordt verlengd, moet geacht worden verder voor geheel onbepaalde tijd te gelden voorzover niet uit de partij-afsprake of de wet anders voortvloeit.
9. Het eenzijdige karakter van de rechtshandeling opzegging is niet in strijd met het bepaalde in artikel 1374 lid 2 BW aangezien bij het bestaan van een bevoegdheid tot het opzeggen van de overeenkomst die overeenkomst voor de toekomst nog niet perfect is geworden.

10. Nadat tegen de derde-beslagene, die tot het doen van verklaring en tot veroordeling tot afgifte is gedagvaard, verstek is verleend, is voor de normale toetsing ex artikel 76 Rv geen plaats meer.
11. In de afbakening van de werkingssfeer van de Arbeidsomstandigheden-wet vormt de technisch-organisatorische betrekking tussen bepaalde werkzaamheden een onmisbaar element.
12. De redelijkheid van de bepaling in de Bijlage van het Besluit vergoedingen rechtsbijstand, inhoudende dat de vergoeding bij gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding met inbegrip van nevenvorderingen, pro rato wordt verdeeld indien beide partijen door een andere procureur worden vertegenwoordigd, valt niet zonder meer in te zien aangezien het optreden van twee procureurs geenszins impliceert dat de omvang van de werkzaamheden van elke betrokken procureur wordt gehalveerd of zelfs maar verminderd.
13. Als door de wet aangewezen instantie in eerste aanleg voor huur- en arbeidszaken is de kantonrechter in beginsel de meest aangewezen om - naast de president van de arrondissementsrechtbank in kort geding - spoedeisende voorzieningen bij dit soort geschillen te geven. De procedure ex artikel 100 Rv ware daarom aantrekkelijker te maken voor de justiciabelen door de bepaling in het eerste lid van genoemd wetsartikel, die elke hogere voorziening uitsluit anders dan die tegelijk met die tegen de einduitspraak, te laten vervallen (met gelijktijdige invoering van de bepaling dat het hoger beroep aan de beslissing in de 'hoofdzaak' geen nadeel toe kan brengen).
14. De inrichting van menige verkeerssituatie en openbare groenvoorziening is - hoewel uit theoretisch en/of esthetisch oogpunt wellicht fraai te noemen - kennelijk zonder verdere noodzaak zo weinig gebruikersvriendelijk, dat gerust van 'tekentafel-terrorisme' gesproken kan worden.
15. Het tijdig gebruik van het snoemes bij beplanting bij kruisingen zal de verkeersveiligheid op grote schaal bevorderen.

